

REVISTA
TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TJMS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 39 - n. 210
Outubro a Dezembro de 2018



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência



Ano 39 - n. 210 - Outubro - Dezembro de 2018

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 39, n. 210

Publicação do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Comissão Técnica de Jurisprudência.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial sem a citação da fonte. Os conceitos emitidos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores.

Revista trimestral de jurisprudência [on-line]. - n. 210 (2018)- . - Campo Grande:
Tribunal de Justiça, 2019 - .

Trimestral

Continuação de: Revista trimestral de jurisprudência. - n. 1 (1979) - n. 170. (2009).
ISSN 2177-6040

1. Jurisprudência - Mato Grosso do Sul. 2. Poder Judiciário - Mato Grosso do Sul.
3. Tribunal de Justiça. I. Título.

CDD 340.68171

Elaboração

Secretaria Judiciária
Departamento de Pesquisa e Documentação
Coordenadoria de Jurisprudência e Legislação
Parque dos Poderes - Bloco 13
CEP: 79.031-902 - Campo Grande - MS
Telefone: (67) 3314-1388
E-mail: jurisprudencia@tjms.jus.br

Capa

Secretaria de Comunicação
Departamento de Relações Públicas

Composição do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

Presidente - Des. Divoncir Schreiner Maran

Vice-Presidente - Des. Julizar Barbosa Trindade

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Carlos Eduardo Contar

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Des^a Maria Isabel de Matos Rocha

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Des. Nélío Stábile

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Des. Alexandre Bastos

Des. José Ale Ahmad Netto

Des. Jairo Roberto de Quadros

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Des. Jonas Hass Silva Júnior

Des. Emerson Cafure

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Juiz Waldir Marques (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL
ESTADUNIDENSE

Rodrigo Araújo e Silva de Carvalho 007

Jurisprudência Cível 021

Jurisprudência Criminal 603

Noticiário 828

Índice Onomástico 951

Índice de Assuntos 957

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

DOUTRINA



A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL ESTADUNIDENSE

CARVALHO, Rodrigo Araújo e Silva de²

Resumo: *O presente estudo tem por escopo abordar o sistema e as peculiaridades dos precedentes judiciais existentes no sistema processual da common law, em especial, o dos Estados Unidos, descrevendo sua aplicação em diferentes situações, bem como informando as consequências desta. Para esta análise, serão estudados o sistema e as técnicas de aplicação desse sistema.*

Palavras-chave: *Precedentes judiciais. Common Law. Judge-made law. Civil Law. Stare decisis. Ratio decidendi. Obiter Dictum. Distinguishin. Overruling. Statute Law.*

1. INTRODUÇÃO

Os precedentes judiciais nascem da necessidade se garantir maior previsibilidade e segurança jurídica nas decisões proferidas por magistrados. No sistema do *civil law*, adotado pelo Brasil, os princípios fundamentais são codificados e servem como a fonte principal da lei. Os juízes, normalmente, devem decidir a lide de acordo com o que dispõem as normas legais, seguindo a vontade do legislador.

Assim, pelo princípio do livre convencimento motivado, previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil Brasileiro, o juiz apreciará livremente a prova, indicando na sentença os motivos que formaram o convencimento. Denota-se dessa norma que, em regra, as decisões proferidas por outros juízes e até mesmo por magistrados de instâncias superiores, nada interferem na decisão de um juiz.

Contudo, com o passar dos anos, o nosso sistema processual brasileiro passou a adotar mecanismos de objetivação do processo, baseado em decisões judiciais repetitivas, que constituíram um precedente para julgar casos semelhantes, tais como: a súmula vinculante, a amostragem para reconhecimento da repercussão geral em sede de recurso extraordinário, recursos especiais repetitivos, o julgamento antecipadíssimo da lide, entre outros.

Além disso, a fonte de direito da jurisprudência passou a se fortalecer com o tempo, sendo que os tribunais superiores passaram a editar súmulas para firmarem seu entendimento acerca de temas específicos, bem como houve um crescente aumento na utilização de julgados anteriores nas manifestações judiciais.

Dessa forma, é fundamental entender o funcionamento dos precedentes no sistema *common law*, que vem sendo integrado aos poucos no sistema processual brasileiro.

Esse artigo científico tem como finalidade estudar o precedente no sistema processual da *common law*, especialmente com relação ao dos Estados Unidos, visando compreendê-los para, posteriormente, compará-los com o atual sistema de precedentes judiciais brasileiro e projeto de lei que prevê o sistema de precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil Brasileiro.

1 Segundo artigo de pesquisa a ser apresentado como condição à aprovação da matéria obrigatória de Monografia Jurídica II para conclusão do Curso de Direito, sob a orientação do Professor Ney Alves Veras.

2 Acadêmico do 10º semestre de do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS E-mail: rodrigo_asc92@yahoo.com.br.

O objetivo deste trabalho consiste em constatar o funcionamento do sistema do *common law*, qual a sua origem histórica e suas normas, com o fim de descobrir a razão pela qual muitos sistemas processuais que utilizam o *civil law* estão se aproximando do *common law*, no que diz respeito à vinculação dos precedentes judiciais nas decisões do Poder Judiciário.

Importante ressaltar que não esgotaremos o estudo de todos os mecanismos presentes no sistema do *common law*, já que a extensão do tema é maior do que o espaço permitido para a produção de um artigo científico, bem como o objetivo do presente é apresentar apenas os principais pontos debatidos, para que se possa constatar a possibilidade de se incluir alguns dos mecanismos do *common law* no atual sistema de precedentes judiciais brasileiros, bem como no sistema proposto pelo novo Código de Processo Civil Brasileiro.

A fundamentação exposta teve como balizamento normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Quanto à investigação, o presente estudo foi realizado a partir de um enfoque predominantemente jurídico-sociológico, com o fim de entender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. O método científico de abordagem foi o dedutivo. Dessa forma, foram utilizados livros e artigos científicos publicados, além de outros documentos.

2. BREVE RELATO DA ORIGEM HISTÓRICA DO *COMMON LAW*

O termo *common law* teve sua primeira aparição nas sentenças judiciais proferidas pelos Tribunais Reais de Westminster, durante o seu período de desenvolvimento (1066-1485), de acordo com a divisão de René David³. A expressão surgiu como oposição às normas costumeiras locais das tribos dos habitantes da região, sendo estas demasiadamente peculiares. O rei era quem detinha a prerrogativa de julgar as causas do reino, sendo que outorgava estas funções aos denominados *judges*, que viajavam por todo o reino para representar a vontade do soberano.

Todavia, referidos tribunais eram de exceção e, portanto, eram raras as demandas que eram julgadas por eles. Nesse contexto havia os chamados *writs* dos *judges*, que eram, tecnicamente, as petições iniciais para propor as ações baseadas nos costumes definidos pelo rei, com o fim de conseguir um “remédio” adequado para a situação.

Não obstante, tais tribunais exigiam condições de admissibilidade do *writ*, expressadas pelo termo *Remedies Precede Rights*, na qual o *writ* deveria ser analisado para constatar se havia cumprido todos os formalismos processuais criados pelos precedentes do rei. A jurisprudência oficial do soberano era a única fonte de direito.

A partir dessa situação, o Chanceler, confessor do rei, recebeu poder para conceder algumas medidas, quando não houvesse previsão de certo *writ* na *common law*, sendo, inicialmente, uma medida excepcional. Posteriormente, esse poder foi se estendendo ao ponto do Chanceler adquirir conhecimento originário das causas. Nesse contexto, com procedimentos, linguagem e precedentes próprios, nascem as *Courts of Chancery*, que formaram um sistema paralelo ao da *common law*.

Todavia, as *Courts of Chancery* diferenciavam-se da *common law*, conforme descreve Guido Fernandes Silva Soares⁴: “As ‘*Courts of Chancery*’ apoiavam-se nas normas do direito canônico, mais evoluídas e racionais que o casuismo dos procedimentos da *Common Law*.” A partir desse ponto, tem-se o sistema da *Equity*, que

3 DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. VII-VIII.

4 SOARES, Guido Fernando Silva. *O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/O_%20que_%20e_%20a_%20Common.htm> Acesso em: 23 set. 2014.

passou a ter a mesma relevância que a *common law*, já que o próprio rei, devido às guerras internas, não estava mais conseguindo julgar as matérias pertinentes da *common law*.

Contudo, após algum tempo, o sistema da *Equity* passou a ser tão burocrático, tendo todos os rigores e formalismos presentes na *common law*, que dificultavam o julgamento dos casos que não atendessem a todos os requisitos.

Assim, Thomas Hobbes⁵ criticou arduamente o sistema da *Equity*, defendendo a existência de um único tribunal, sem a divisão na *Equity* e na *Common Law*, pois todo o poder para julgar dos tribunais, emanava do soberano.

Independentemente das particularidades de cada sistema, ambos os tribunais possuíam a característica do *stare decisis*, bem como adotavam a regra do precedente, também conhecida com o sistema *judge-made law*.

Posteriormente, com os *Judicature Acts* dos anos de 1873 e 1875, as *Courts of Chancery* deixaram de existir e ambos os sistemas da *Common Law* e da *Equity* passaram a ser aplicados pelos tribunais comuns da Inglaterra.

Por fim, após os Estados Unidos terem adquirido sua independência da Inglaterra, seu sistema judicial continuou adotando as técnicas da *common law*. Todavia, pelo Estado ter seu próprio sistema, este passou ter inúmeras mudanças, inclusive pela adoção do sistema federativo e as próprias evoluções sociais e culturais, distinguindo-se completamente da *common law* inglesa.

Essa *common law* estadunidense é a que será estudado a seguir.

3. DO *STARE DECISIS* (PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS), BASE DA *COMMON LAW* ESTADUNIDENSE.

Inicialmente, a escolha pelo estudo da *common law* estadunidense foi em decorrência desse sistema ter alguma das características da *civil law*, como a promulgação de uma Constituição escrita, a forma federativa com a separação dos três poderes, e as leis como sendo fontes de direito.

Assim, tendo em vista que um objetivos do presente artigo é a compreensão da aproximação da *common law* com a *civil law*, especialmente em decorrência da previsão dos precedentes judiciais no projeto de lei para o novo Código de Processo Civil Brasileiro, o ideal é ter um modelo que apresente um pouco da mistura entre esses dois sistemas.

A base do sistema estadunidense é a doutrina do *stare decisis* ou *precedents*, que consiste na força vinculativa que uma decisão judicial dada em um caso concreto possui quando casos análogos futuros forem apresentados ao tribunal.

Todavia, apenas as decisões que passem pelo debate e análise de questões de direito é que podem ser utilizadas para orientar e vincular casos semelhantes. Nesse sentido, Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior⁶ constata a presença de algumas características essenciais para a configuração de um precedente, sendo elas:

- a) advém de um “raciocínio” judicial que se encontra na motivação do julgado;
- b) versa sobre uma “questão de direito” ou questão jurídica, não por isso desgarrada dos

5 HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo: Landy, 2001, p.31

6 LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglosaxônico*. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,stare-decisis-e-teoria-do-precedentejudicial-no-sistema-anglo-saxonico,49175.html> > Acesso em 24 set. 2014.

elementos de fato que deram origem à demanda; c) possui abrangência restrita, na medida em que sua força vinculante se limita a questionamentos futuros da “mesma questão”; d) é uma decisão “necessária” à resolução do caso concreto, isto é, representa a tese jurídica indispensável ao deslinde da controvérsia (ratio decidendi ou hoding), na medida em que há elementos adicionais constantes do acórdão que assenta o posicionamento da corte, consistentes em meros pronunciamentos circunstanciais (obter dictum ou dictum).

A *ratio decidendi* eo *obter dictum* constituem elementos do precedente, que serão analisados com mais profundidade nos tópicos seguintes.

O sistema *common law* permanece vivo nos Estados Unidos até os dias atuais, pois, além de manter a tradição histórica, possui algumas qualidades defendida por seus juristas: a igualdade, a previsibilidade, a economia e o respeito.

A igualdade decorre do fato de que casos similares futuros serão julgados da mesma forma que seu precedente. Já a previsibilidade consiste na visualização do possível resultado da demanda, com base nos precedentes, de forma que o advogado consegue orientar seus clientes com maior exatidão da sentença. O custo do processo torna-se mais econômico, já que como foi feita toda a instrução e análise do caso precedente, os casos semelhantes não necessitarão reproduzir integralmente esse procedimento. Por fim, devido aos efeitos que o precedente gera, o respeito é inerente à imensa responsabilidade que o Poder Judiciário possui.

Importante destacar que os precedentes podem ter diferentes efeitos no sistema estadunidense diante de outros precedentes, conforme a hierarquia, sendo persuasivos perante os tribunais inferiores e paralelos, ou vinculantes perante os tribunais superiores.

O precedente persuasivo é aquele que não impõe obrigatoriedade em reproduzir o que já foi decidido, mas orienta e apresenta parâmetros para fundamentar uma decisão no mesmo sentido. O juiz não está obrigado a segui-lo, de forma que, se o seguir, é porque está convencido de sua correção.

Já o precedente vinculante é aquele que possui a força para vincular outras decisões de casos análogos. Ressalta-se que o precedente vinculante é o que constitui o *stare decisis* e permite o funcionamento do sistema do *common law* estadunidense. O magistrado deve obedecê-lo, mesmo que discorde completamente da decisão. Denota-se desse contexto a máxima *stare decisis et non quieta movere* (mantenha a decisão e não mova no que está quieto).

4. DOS ELEMENTOS DO PRECEDENTE

O precedente é composto de dois elementos: a *ratio decidendi* eo *obter dictum*, sendo que o primeiro constitui o núcleo, a essência do precedente, enquanto que o segundo constitui a parte residual deste.

4.1. Da *ratio decidendi* (razão de decidir)

A *ratio decidendi* é um elemento complexo componente do precedente, razão pela qual deve ter um estudo mais detalhado e separado em tópicos, com o fim de facilitar a compreensão do tema.

7 FRAGA, Vitor Galvão. **O sistema do Common Law**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3394, 16 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22816>>. Acesso em: 24 set. 2014.

8 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1.ed. (ano 2006), 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

4.1.1. Do conceito e dos elementos da *ratio decidendi*

Como visto anteriormente, não é qualquer decisão judicial que pode se tornar um precedente. Somente as decisões que, após a discussão, apresentarem uma tese jurídica fundamentada, que poderá ser usada como parâmetro para identificar casos semelhantes futuros, é que são consideradas como precedentes.

Assim, importante destacar que, o que vincula os magistrados a decidirem da mesma forma que julgados anteriores de tribunais superiores é o elemento da *ratio decidendi*.

José Rogério Cruz e Tucci⁹ a define da seguinte forma: “a *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”.

É composta por três itens: a indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*); o raciocínio lógico jurídico da decisão (*legal reasoning*); e o juízo decisório (*judgement*).

A indicação dos fatos relevantes da causa descreve o fato que resultou na controvérsia do direito, e é o que irá identificar e delimitar o objeto que será julgado. O precedente é uma norma específica, de incidência geral, mas é uma regra estrita. Como está relacionada com os fatos da causa originária, não pode deixar de expor de maneira formal e permanente o fato concreto como fundamento implícito da tese jurídica adotada.

Esse item é importante, pois com base nele, o precedente poderá ser afastado pela técnica do *distinguishing*. Assim, a correta aplicação do precedente necessita que o fato precedente o fato futuro sejam ao menos semelhantes, caso o contrário, haveria um precedente inespecífico, inútil para governar o julgamento.

Quanto ao raciocínio lógico jurídico, termo autoexplicativo, este constitui o processo raciocínio e lógica que o magistrado utilizou na decisão para fundamentá-la. É composta de critérios de interpretação dos fatos, bem como da demonstração dos princípios e regras de direito importantes para facilitar a interpretação do texto jurídico que será aplicado a um caso concreto.

Por fim, o juízo decisório é a norma de eficácia geral produzida, decorrente da aplicação do direito objetivo aos fatos apresentados no caso, que firma a base do dispositivo da decisão, em regra, com efeito entre as partes.

Salienta-se que o dispositivo da decisão somente resolve a lide do processo. O juízo decisório, por outro lado, é o que será usado para a aplicação do precedente, pois a essência deste se encontra nas razões que levaram o magistrado a decidir daquela forma. Do mesmo modo, não há que se confundir o juízo decisório com a coisa julgada, conforme leciona Tiago Asfor Rocha Lima, citado por Cláudio Ricardo da Silva Lima Júnior¹⁰:

“A coisa julgada é uma qualidade da decisão que garante a não modificação do julgado, fincando um ponto final na controvérsia levada a juízo. Por sua vez, a transcendência da ratio decidendi, ainda que também se apresente como protetora da segurança jurídica, vincula-se mais propriamente à replicação da tese jurídica em futuros casos similares. Decorre, pois, do dever de respeito ao entendimento de um tribunal, tentando, pois, evitar novos litígios.”

Feitas essas considerações, não há que se confundir a impossibilidade de alterar o que foi decidido, com a força vinculativa de uma decisão para casos futuros semelhantes.

9 TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 324

10 LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181. *apud* LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglosaxônico**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 28 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49175&seo=1>>. Acesso em: 24 set. 2014.

4.1.2. Dos métodos de identificação da *ratio decidendi*

A *ratio decidendi*, embora possa ser conceituada, nem sempre é facilmente identificada. Ao utilizar um precedente, o magistrado deverá extrair deste a *ratio* que fundamentou a decisão de um caso anterior, semelhante ao que está julgando, separando a proposição que obrigatoriamente deve seguir.

Assim, devido a sua natureza complexa, não há um método integralmente eficaz para sua identificação. Todavia, existem três teorias, que são as mais utilizadas no sistema da *common law* na doutrina do *stare decisis*, sendo eles: a Teoria de Wambaugh; a Teoria de Oliphant; e a Teoria de Goodhart¹¹.

A Teoria de Wambaugh, considerada como clássica¹² e tendo por base um raciocínio aristotélico, defende que a proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de forma diversa, é o que constitui a *ratio*, e propõe o seguinte teste: deve-se alterar hipoteticamente a premissa para constatar há mudança ou não na decisão. Havendo mudança, denota-se sua real necessidade no julgado e chega-se à conclusão de que a premissa constitui a *ratio decidendi*. Todavia, se a decisão permanece inalterada, a premissa constitui mero *obiter dictum*.

A Teoria de Oliphant, contrariando a de Wambaugh, defende que o raciocínio, a interpretação, e qualquer outro trabalho intelectual do magistrado deve ser afastado do método de identificação, pois a *ratio* é preparada após o juiz já ter analisado as razões da decisão. Assim propõe a identificação antes do magistrado ter acesso à decisão, já que, para a teoria, a decisão judicial seria uma resposta proveniente do estímulo dos fatos, e a combinação desses dois formariam a *ratio decidendi*.

Goodhart critica a Teoria de Oliphant, sob o fundamento de que os mesmos fatos podem ser interpretados de forma muito distinta por dois magistrados diversos. Dessa maneira, não teria como afastar o trabalho intelectual do magistrado, que faria sua própria análise e cada um chegaria a uma conclusão diferente do que seria a *ratio decidendi*.

Quanto à Teoria de Goodhart, este defende que, para identificar a *ratio decidendi*, deve-se analisar somente os fatos considerados como fundamentais pelo magistrado, além de constatar se estes foram levados em consideração pelo juiz ao proferir a decisão.

Os fatos fundamentais não incluem os fatos hipotéticos, e nem aqueles que tratam de pessoa, tempo, lugar e espécie, salvo o se o juiz os considerar expressamente. Também só serão fundamentais os fatos tratados pelo juiz de maneira explícita ou implícita.

O fundamento de sua teoria reside no fato de que o magistrado, quando faz a análise e a interpretação do direito em um caso concreto e dá mais importâncias para os fatos que considera fundamentais, definitivamente dá mais força para estes fatos na decisão.

Após analisar as três teorias em conjunto, comparando-as, denota-se que a de Goodhart é a que mais se aproxima da constituição da *stare decisis*, bem como tem maior probabilidade de identificar a *ratio decidendi*. Isso porque o método proposto por Wambaugh é muito genérico, já que as premissas não são analisadas de forma individual em uma decisão para o juiz formar sua convicção, bem como as premissas podem ter uma influência diferente sobre o magistrado se combinadas ou não com os fatos do caso concreto. Por outro lado, o método de Oliphant simplesmente abre a possibilidade de cada magistrado fazer sua combinação dos fatos com a decisão, sem qualquer critério objetivo.

11 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

12 RAMOS, Vinícius Estefaneli. *Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 23 set. 2014.

4.2. Do *Obiter Dictum*

O conceito do *obiter dictum* é dado negativamente, por exclusão de tudo aquilo que é considerada *ratio decidendi* em um precedente. Essas passagens, em regra, nada interferem na decisão do magistrado, bem como não possuem qualquer tipo de força vinculativa.

Contudo, Luiz Guilherme Marinoni¹³ faz a ressalva de que há passagens presentes no *obiter dictum* que podem ter considerável efeito persuasivo, pois, embora não sejam essenciais para fundamentar a decisão, são analisadas de forma aprofundada e podem ter alguma relação direta com fatos que constituem a *ratio decidendi*.

Marcelo Alves Dias de Souza¹⁴ vai além, e subdivide o restante dos elementos não abrangidos pela *ratio decidendi*, fazendo a distinção entre: *dictum*, *obiter dictum*, *grátis dictum* e *judicial dictum*:

Quanto à precisão terminológica, diz-se que dictum é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser ratio decidendi, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, obiter dictum é uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssimo persuasiva. Outra terminologia que é empregada, tomando por referência o grau de persuasão, fala em gratis dictum e judicial dictum. [...] Gratis dicta são meros desperdícios (afirmações que são jogadas fora, como se fossem de graça), e, assim, de pouquíssimo, se houver, valor ou força persuasiva. É provável, portanto, que as gratis dicta serão tidas, sobretudo, como mero produto do pensamento do juiz. As judicial dicta, por outro lado, terão sido precedidas não apenas por um longo e cuidadoso pensamento, mas também de uma extensiva argumentação sobre o ponto em questão. De fato, portanto, as judicial dicta podem ser tão fortemente persuasivas como também praticamente indistinguíveis da ratio.

Todavia, apesar das diferentes classificações e considerações feitas, vale destacar que nenhum outro elemento dará força vinculativa ao precedente, senão a *ratio decidendi*.

5. DAS TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Como visto, sabe-se que a *ratio decidendi* do precedente tem efeito vinculante no sistema da *common law*, quando atende aos requisitos da *stare decisis*. Contudo, mesmo estando presentes todos esses elementos, os operadores do direito passaram a constatar algumas injustiças nos julgamentos no sistema da *common law*.

Assim, foram criadas técnicas avançadas para afastar a incidência do precedente, mesmo quando presentes todos os seus requisitos. Contudo, antes de estudar cada técnica, é importante conhecer as três formas de se aplicar a *ratio decidendi*.

Na forma extensiva, o magistrado expande os limites de abrangência, bem como dos efeitos do precedente. É utilizada para enquadrar algum caso concreto que não possui inteiramente todos os pontos da *ratio decidendi* compatíveis com os fatos do caso em concreto para a incidência do precedente.

Quanto à forma restrita, consiste em restringir ou afastar a incidência de um precedente em um caso concreto, com o fim de evitar a situações de injustiças ou inconveniências. Essa aplicação está presente em duas técnicas, denominadas *distinguishing* e *overruling*, que serão estudadas nos próximos tópicos.

13 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

14 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. (2006). 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013. p. 181. *apud* LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49175&seo=1>>. Acesso em: 24 set. 2014.

Por fim, a aplicação por analogia ocorre com os casos denominados *cases of first impression* (casos de primeira impressão), que são casos concretos sem precedentes, por se tratarem de situações novas. Estes casos não se enquadram em nenhuma categoria de fatos e precisam de uma solução adequada, razão pela qual o magistrado prestigiar determinados pontos semelhantes da *ratio decidendi*, com o fim de adequar o precedente ao caso.

5.1. Do *Distinguishing*

O *distinguishing* é uma das técnicas mais conhecidas e utilizadas para afastar um precedente. Sua aplicação consiste em, após analisar e interpretar os fatos fundamentais que constituíram a *ratio decidendi*, comparar estes com os fatos do caso concreto, e afastar a incidência do precedente por meio de sua distinção. Dessa forma, não havendo adequação ao caso concreto do motivo determinante de aplicação do precedente, este não poderá ser utilizado.

Destaca-se que pelo uso dessa técnica, o precedente mantém-se vigente no ordenamento. Há somente o afastamento de sua aplicação em decorrência de diferenças fáticas entre a matéria vinculante e o caso apresentado ao juízo.

O *distinguishing* também pode acarretar redução teleológica, de acordo com Thomas da Rosa de Bustamante¹⁵, no caso em que o magistrado estabelece uma exceção não reconhecida anteriormente. Nessa situação, não houve o mero afastamento do precedente, mas uma redução de sua abrangência e aplicabilidade para todos os casos semelhantes ao apresentado para a corte.

Por fim, ressalva-se que essa técnica deve ser usada de forma responsável, sob pena de carregar injustiças. O sistema é flexível e serve para evitar generalizações em casos distintos e peculiares. Todavia, existem aqueles que tentam distorcer a incidência e compatibilidade dos fatos do caso concreto, com o precedente.

Ao praticarem tal ato, poderão estar desestabilizando o sistema da *common law*, pois acarretarão na insegurança jurídica da população com relação à principal fonte de direito ao que o poder judiciário está vinculado, que é a jurisprudência. Além disso, havendo a redução teleológica com a aplicação da técnica, se feita de forma incorreta, estará reduzindo cada vez mais a força vinculante do precedente.

Por isso, tanto o magistrado quanto as partes, devem analisar cuidadosamente os fatos fundamentais da *ratio decidendi* que deram efeito vinculante à decisão judicial, para constatar se as peculiaridades do caso em apreço são relevantes quando analisados ao lado do precedente, autorizando ou não a utilização da técnica do *distinguishing*.

5.2. Do *Overruling*

O *overruling* é a técnica que se utiliza para revogar formal e materialmente o precedente, no todo ou em parte, tanto no plano horizontal (revogação de precedente do próprio órgão), quanto vertical (revogação de precedentes de juízos hierarquicamente inferiores pelos tribunais). Além disso, ele pode ser aplicada de forma expressa, quando o tribunal manifestar na decisão judicial o novo entendimento, ou tácita, quando simplesmente julgar contrariamente a um precedente, sem fazer referência sobre a revogação.

A técnica do *overruling* teve sua origem histórica com um ato inglês, denominado *Practice Statement 1966*, que concedeu autorização para a *House of Lords* (Casa dos Lordes, conhecida por ser a Suprema Corte da Inglaterra) deixar de aplicar e superar um precedente existente na corte.

15 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2013, p. 473.

Para existir a possibilidade de aplicação do *overruling* no precedente, é necessária a presença de dois requisitos: a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni¹⁶, ocorre a perda da congruência social no momento em que a decisão vinculante não observa mais os ditames morais (aquilo que uma sociedade considera como certo ou errado em um consenso geral), políticos (o que é bom ou mau, levando-se em consideração o bem-estar geral) e das experiências (maneira como o mundo funciona).

Com relação à consistência sistêmica, esta se apresenta no momento em que o precedente não acompanha mais as demais decisões do tribunal, no que diz respeito às teorias e dogmáticas jurídicas aplicadas a uma questão.

O uso da técnica do *overruling* se justifica por diversas razões. É certo que a *stare decisis* deve ser preservada em um sistema judiciário que tem como principal fonte de direito a jurisprudência. Contudo, os precedentes decorrem de decisões judiciais que aplicaram o direito a um caso concreto, com costumes, conhecimentos, interpretações existentes à época do julgamento, levando-se em consideração os valores sociais e culturais da época.

Assim, engessar um precedente e tornar a *stare decisis* imutável, com o entendimento dominante da época do julgamento, geraria não só inúmeras situações de injustiça, como também impediria a própria evolução do direito. Conforme os anos passam, condutas consideradas absurdas no passado, hoje são vistas com naturalidade, e vice-versa, bem como novas condutas e novas situações surgem ao longo do tempo. Ocorrem modificações nas condições econômicas e sociais, na política e na cultura.

A sociedade é dinâmica e está em constantes mudanças. Se a justiça serve à sociedade, aquela não pode ser estática. O sistema judicial deve acompanhar essas mudanças para que ocorra a efetiva prestação jurisdicional às pessoas.

Ainda, ocorrendo a mudança da composição do tribunal que proferiu a decisão vinculante, a revogação do precedente também pode ocorrer.

Contudo, a utilização dessa técnica deve ser usada de forma moderada, uma vez que o sistema da *common law* tem sua base nos precedentes judiciais do tribunal. Nesse caso, além de contribuir para instabilidade no sistema, aumentaria a insegurança jurídica das decisões. Ademais, tal técnica desgasta a imagem da suprema corte. Não é por acaso que essa técnica é a menos utilizada pela *Supreme Court*, sendo aplicada somente em casos mais extremos, nos quais se mostram claras as injustiças que o precedente pode acarretar.

Assim, qualquer decisão que aplique o *overruling* deve ser muito bem fundamentada.

Quanto ao reconhecimento de um precedente *overruled*, Gustavo Santa Nogueira¹⁷ faz referência aos ensinamentos do doutrinador estadunidense, Sidney Ulmer, que aponta elementos para identificar um precedente superado.

Inicialmente, a decisão revogadora precisa ter sido declarada expressamente pela maioria do órgão. Em segundo lugar, a revogação precisa ser reconhecida em outra decisão, ou ao menos na literatura jurídica. Ainda, no sumário de casos da corte, seu *report* deve citar o precedente como superado.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

17 NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito brasileiro e comparado**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013, p. 198.

5.3. Do *Sinaling* (Sinalização)

O precedente pode ter sua incidência afastada pelo *distinguishing*, bem como pode ser revogado pelo *overruling*. Todavia, há casos em que não é possível a aplicação de nenhuma das duas técnicas, e exige-se uma solução intermediária.

A técnica do *sinaling* consiste no tribunal indicar a perda da consistência do precedente, apenas sinalizando seu equívoco ou impossibilidade de ser novamente aplicado, bem como informando toda a sociedade, sobretudo de juristas, da futura revogação.

O *distinguishing* não poderia ser aplicado, pois sua técnica apenas faz a distinção dos fatos a serem apreciados, com aqueles que constituem a *ratio decidendi* do precedente. Se há, contudo, identidade entre os fatos, mas o precedente se tornou inconsistente, este deverá ser revogado.

Por outro lado, conforme explanado anteriormente, a técnica do *overruling* pode acarretar na insegurança jurídica do sistema processual, bem como faz a corte perder credibilidade. Assim, o *sinaling* é utilizado para evitar os efeitos negativos do *overruling*.

Esclarece-se que parcela da doutrina defende que os efeitos pretendidos pelo uso do *sinaling* poderiam ser atingidos simplesmente pela modulação dos efeitos do *overruling* para casos futuros. Outrossim, embora as cortes estadunidense já façam essa modulação, os defensores do *sinaling* explicam que esta é feita de forma mais eficiente com a técnica intermediária, já que o impacto da sinalização no plano social torna-se visível.¹⁸

5.4. Da *Transformation* (Transformação)

A técnica intermediária da *transformation* consiste na reestruturação do conteúdo do precedente pela alteração da importância dada aos fatos do precedente. Alguns fatos que haviam sido considerados *obiter dictum* pelo juiz, agora se tornam fatos fundamentais para a composição da *ratio decidendi*.

Assim, não ocorre a revogação do precedente, mas a sua mera compatibilização e atualização com o caso julgado, de acordo com os antigos fatos considerados de passagem, que agora são relevantes.

A *transformation* também tem o objetivo de assegurar a estabilidade do sistema de precedentes, evitando a aplicação do *overruling* e suas consequências negativas. Contudo, a sua aplicação resulta em outra consequência negativa, decorrente da imputação de novo significado ao precedente. Constitui-se um estado de incerteza quanto à interpretação precedente alterado, uma vez que não se nega vigência ao antecedente no julgamento, dificultando sua compreensão.

5.5. Do *Overriding*

O *overriding* consiste na técnica de limitar ou restringir a aplicação do precedente, em decorrência das mudanças sociais que são incompatíveis com os motivos que determinaram a formação do precedente na época de sua constituição.

Destaca-se que o *overriding* mais se aproxima do *distinguishing*, do que do *overruling*, já que a restrição se baseia em fato externo ao precedente, bem como ele permanece vigente.

18 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Em citação feito por Luiz Guilherme Marinoni¹⁹, Eisenberg explica o *overriding* como um caso especial de desvinculação (*hiving off*), na qual o tribunal que está julgando: “conclui que, dadas as proposições sociais que fundamentam aquele entendimento anterior, a situação em questão deveria ser desvinculada para ser tratada de acordo com o entendimento mais recente”.

Assim, caso não houvesse o precedente, e a situação fosse julgada na atualidade, haveria a formação de um precedente distinto.

5.6. Da *Drawing Of Inconsistent Distinctions* (Elaboração De Distinções Inconsistentes)

A *drawing of inconsistent distinctions* é uma técnica semelhante ao *overriding*, na qual o tribunal delimita a aplicação de um precedente, sem revogá-lo. Todavia, o que motiva a restrição não são os fatores sociais atuais, mas sim a inexistência deles na fundamentação adota pelo tribunal, que não é compatível com a *ratio decidendi*. Assim, a distinção feita pelo tribunal é inconsistente.

Dessa forma, essa técnica consiste em revogar um precedente que não satisfaz os padrões de congruência social e consistência sistêmica, necessários para sua existência. Um precedente deve ser íntegro, resultante da aplicação dos princípios da justiça e isonomia.

Referido método possui importantes aplicações que justificam sua utilização. A primeira delas seria utilizar a técnica como se fosse uma aplicação provisória do *overruling*, sem, contudo, afetar a estabilidade do sistema. Dessa forma, mantém-se a cautela de não remover do sistema o precedente, mas se constata os efeitos da medida de reduzir sua aplicação.

A outra hipótese consiste na sua utilização de forma subsidiária, quando não houver possibilidade de aplicar as outras técnicas de superação e afastamento do precedente, como, por exemplo, quando alguém deseja aplicar somente o núcleo essencial do precedente, excluindo o restante do campo de incidência deste, sem, novamente, gerar qualquer tipo de instabilidade no sistema.

6. DA *STATUTE LAW*

O sistema da *common law* estadunidense, conforme exposto anteriormente, não é um sistema puramente baseado no direito criado pelo juiz (*judge-made law*). Ainda que aplicado de forma subsidiária, o direito criado pelo legislador (*statute law*) está presente nas decisões do poder judiciário dos Estados Unidos.

O *statute law* decorre dos *enactments of legislature*, que podem ser exemplificado como sendo todas as normas escritas, tais como as constituições, leis, regulamentos, tratados, diplomas, entre outros.

As leis constituem importante fonte de direito para o sistema, pois possuem força hierárquica superior ao *judge-made law*, já que uma lei pode modificar um precedente, sendo este fenômeno denominado *reversed by statute*.

Nesse sentido, denota-se uma semelhança dos sistemas judiciais mistos dos Estados Unidos e do Brasil, sendo que neste ficará ainda mais evidente essa mistura, caso o Projeto de Lei nº 8.046 de 2010, conhecido como o Novo Código de Processo Civil, seja sancionado.

19 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.346

Contudo, a ordem de aplicação das fontes de direito nos Estados Unidos, é exatamente oposta à do Brasil. O autor da ação apresenta os fatos para a apreciação do juiz, e este aplica o precedente. Se, todavia, o caso apreciado não tiver nenhum precedente na corte, somente neste caso irá se recorrer à legislação.

Ademais, a forma como a legislação é redigida no *statute law*, diferencia-se da que existe nos países que adotam o sistema da *civil law*. No Brasil, tem-se a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a forma de redigir a legislação brasileira, e orienta a estruturação em capítulos, seções, artigos, incisos e parágrafos. Já nos Estados Unidos, as *sections* (artigos) presentes nas suas constituições e leis infraconstitucionais são demasiadamente extensas, tratadas em um único período, incluindo a regra principal, suas exceções e interpretações, como por exemplo, a *section 4* da Constituição dos Estados Unidos:

The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature there of; but the Congress may at any time by Law may or alter such Regulations, except as to the Places of chusing Senators. The Congress shall assemble at least once in every Year, and such Meeting shall be on the first Monday in December, unless they shall by Law a different Day.

Por fim, no *statute law*, a estrutura piramidal da hierarquia das leis de Hans Kelsen é mais complexa do que a existente no *civil law*, pelo fato da fonte de direito principal ser a *judge-made law*. Por causa dessa situação, a matéria denominada *Conflict of Law* tem ganhado importância ao longo dos anos. Ela trata conflitos legislativos encontrados não só no âmbito internacional com outros países, mas principalmente os internos, decorrentes da divergência entre jurisdições federais e estaduais.

No topo da pirâmide está a Constituição dos Estados Unidos, juntamente com as suas *clauses* (artigos), princípios jurídicos. São eles: *Supremacy Clause*; *Full Faith and Credit Clause*; *Due Process Clause* e *Commerce Clause*.

Mais abaixo, encontram-se os tratados internacionais e os *Executive Agreements*, sendo estas as normas que tratam de competência exclusiva do Presidente.

No degrau abaixo da pirâmide estão localizadas as normas federais (*Federal Statutes*), que abrangem: os atos normativos do Executivo e Legislativo com suas duas Casas; atos normativos elaborados pelo Poder Executivo; e atos normativos elaborados pela Suprema Corte.

Por fim, há as *states statutes* (Constituições Estaduais) e logo abaixo, estão as *Home Rule* (equivalente a uma lei orgânica do município).

7. CONCLUSÕES

O presente artigo teve como objetivo constatar o funcionamento do sistema do *common law*, buscando a motivação pelo qual sistemas processuais que utilizam o *civil law* estão se aproximando do *common law*, no que diz respeito à vinculação dos precedentes judiciais nas decisões do Poder Judiciário.

Na análise do contexto histórico em que surgiu o *common law*, foi possível compreender melhor a sua estrutura. Com todo o poder decisório concentrado nas mãos do soberano, houve a necessidade de se criar um sistema que pudesse dar um julgamento igualitário para toda a população, sem sobrecarregar o rei com julgamentos. Posteriormente, quando a seletividade do soberano tornou-se excessiva, constituiu-se um tribunal paralelo que contribuiu para a redefinição dos critérios de formação do precedente.

Estudada a origem do sistema, passou-se para a análise do que seria o precedente ou a decisão vinculativa. Nesse ponto, foram apontadas as características essenciais, os elementos e os efeitos do precedente, bem como as razões pelas quais alguém faria uso de seu sistema. Essas considerações foram importantes para demonstrar a abrangência que o estudo do precedente pode ter.

Após, houve a necessidade de atingir o núcleo da *stare decisis*, momento em que houve a separação da *ratio decidendi* com o *obiter dictum*. Diante do estudo, percebeu-se que a *ratio decidendi* é o que gera o efeito vinculante e, portanto o juiz precisa ser cauteloso ao formá-lo. Todavia, também possui uma definição abstrata, o que dificulta sua identificação.

Assim, para utilizar o sistema da *common law*, é fundamental saber identificar a *ratio*. Nesse sentido, foram apresentados seus métodos de identificação sendo que, ao compará-los, restou clara a divergência entre eles. Retornando ao objetivo do artigo, caso o projeto de lei do Novo Código de Processo Civil Brasileiro sancionado, constata-se que as normas de identificação da *ratio decidendi*, ao menos no sistema da *civil law* brasileira, precisam ser definidos em lei.

Depois de demonstrada a força e a abrangência dos efeitos que uma decisão judicial vinculante pode ter, é necessário ter um sistema de contrapesos da aplicação dos precedentes para evitar o cometimento de injustiças. Com essa finalidade, foram apresentadas diferentes técnicas, que devem ser usadas com cautela, para não criarem injustiças.

Por fim, talvez o ponto do artigo que mais torne próximo a *common law* estadunidense com a *civil law* brasileira, é a estrutura legislativa presente naquele sistema. Essa análise destaca-se das demais, pois expõe diversas diferenças presentes entre as legislações dos sistemas, bem como que mistura da *stare decisis* com a *civil law* pode acarretar profundas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro.

Após décadas de utilização do sistema da *common law* estadunidense, tem-se atualmente muita informação sobre seu funcionamento, o que permite ao Brasil ter mais tranquilidade no caso de querer incluí-lo em seu sistema. Contudo, a aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro deve ser feito gradativamente, para que especialistas possam acompanhar a recepção ao novo sistema, sob pena de desestruturar toda a justiça brasileira.

8. REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2013, p. 473.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. VII-VIII.

FRAGA, Vitor Galvão. **O sistema do Common Law**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3394, 16 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22816>>. Acesso em: 24 set. 2014.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista** São Paulo: Landy, 2001, p.31.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico**. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,staredecisis-e-teoria-do-precedente-judicial-no-sistema-anglo-saxonico,49175.html>> Acesso em 24 set. 2014.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181. *apud* LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 28 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49175&seo=1>>. Acesso em: 24 set. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito brasileiro e comparado**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013, p. 198.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 23 set. 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/O_%20que_%20e_%20a_%20Common.htm> Acesso em: 23 set. 2014.

SOARES, Marcos José Porto. **A ratio decidendi dos precedentes judiciais**. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=107180>>. Acesso em: 26 set. 2014.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. (2006). 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013. p. 181. *apud* LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 28 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49175&seo=1>>. Acesso em: 24 set. 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010, p. 324.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação nº 0801863-52.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR PARA COBRANÇA DE ALÍQUOTA EM 3,5%, UMA VEZ QUE O IMÓVEL É DOTADO DE INFRAESTRUTURA CUSTEADA 100% PELOS MORADORES E SEM PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL, O QUE JUSTIFICA A APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA MÍNIMA DE 0,5% – RECURSO PROVIDO.

A razão de ser da progressividade do IPTU retira seu extrato de fundamento no art. 178 do CTN e trata de tributação diferenciada em razão de sua finalidade extrafiscal, mais precisamente, mecanismo de assegurar a função social da propriedade urbana, nos termo do inciso XXIII do art. 5^o

Levando em conta a interpretação literal ou gramatical para esta questão posta à apreciação que é afeta a direito público tributário, é de se adotar a legalidade estrita do *caput* do art. 37 da CF/88 e, mais especificadamente, do inciso I do art. 150 da CF/88 e, por via de consequência, somente se admite a aplicação da alíquota máxima no IPTU (3,5%), se o imóvel contiver, no mínimo, três melhoramentos dentre aqueles mencionados no inciso II do art. 148 do Código Tributário Municipal – CTM.

Assim sendo, se não preencher esses requisitos não se contempla o aspecto material de incidência, ou não se configura o fato gerador ou subsunção da norma, e, sem ela, não se fala em incidência tributária nesta tal alíquota máxima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de novembro de 2018.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de Apelação por Associação Terras do Golfe em face da sentença de f. 112-123, que julgou improcedente o pedido em face de ausência de provas quanto à causa de pedir que pretendeu a anulação dos lançamentos de IPTU.

Associação Terras do Golfe suscita no recurso de apelação de f. 127-152, em apertada síntese: provimento para que sejam julgados procedentes todos os pedidos contidos na inicial, mais precisamente,

¹ “A propriedade atenderá a sua função social”.

ilegalidade no lançamento de IPTU à alíquota de 3,5% sobre o valor do imóvel e ajustando a alíquota para 0,5% sobre os valores venais, a contar da propositura da ação, bem como, declarar inexigível a cobrança de toda e qualquer taxa municipal com o IPTU, por inexistir prestação de serviço público para o loteamento Terras do Golfe.

O recorrido, devidamente intimado (f. 219), apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 220).

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação por Associação Terras do Golfe em face da sentença de f. 112-123, que julgou improcedente o pedido em face de ausência de provas quanto à causa de pedir que pretendeu a anulação dos lançamentos de IPTU.

Associação Terras do Golfe suscita no recurso de apelação de f. 127-152, em apertada síntese: provimento para que sejam julgados procedentes todos os pedidos contidos na inicial, mais precisamente, ilegalidade no lançamento de IPTU à alíquota de 3,5% sobre o valor do imóvel e ajustando a alíquota para 0,5% sobre o valor venal, a contar da propositura da ação, bem como, declarar inexigível a cobrança de toda e qualquer taxa municipal com o IPTU, por inexistir prestação de serviço público para o loteamento Terras do Golfe.

O recorrido, devidamente intimado (f. 219), apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 220-231).

O que se infere do caso posto à apreciação é de questão jurídica com demandas repetitivas perante o Judiciário deste Estado e que consiste no pedido de nulidade da constituição do crédito decorrente de cobrança de IPTU sobre alíquota máxima de 3,5% (três e meio por cento), quando deveria ser pela alíquota mínima, de 0,5% (meio por cento).

A causa de pedir do pedido consiste na alegação de que a infraestrutura e os melhoramentos ali existentes foram construídos com recursos eminentemente privados sem qualquer participação do município, a não ser, de simples autorização.

Tenho que a sentença deve ser reformada, quer em buscando a interpretação teleológica do instituto, quer em relação à interpretação gramatical ou literal.

Em relação à interpretação teleológica.

A fim de se chegar a um resultado de julgamento mostra-se importante a atuação do exegeta, mais precisamente, buscar a razão da norma, de forma que o resultado se atrele aos fins sociais da norma como exige o art. 8º do CPC.

Eis, a respeito deste fim social:

*“Descobrem-se o sentido e alcance de uma regra de direito ao perquirir qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto (...) este é o único e verdadeiro modo de acertar com a genuína razão da lei, de cujo descumprimento depende inteiramente a compreensão do verdadeiro espírito dela (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Editora Forense, p. 124)”.*

Pois bem, a razão de ser da progressividade do IPTU retira seu extrato de fundamento no art. 178 do CTN e que se trata de tributação diferenciada em razão de sua finalidade extrafiscal, mais precisamente, mecanismo de assegurar a função social da propriedade urbana, nos termos do inciso XXIII do art. 5º CTM.²

Esta finalidade extrafiscal poderá ser preventiva, ou seja, como mecanismo de estímulo para que se dê a função social, nos termos do art. 156 § 1º c/c 182 § 2º, ambos da CF/88 ou, esta finalidade extrafiscal poderá ser repressiva, ou seja, como mecanismo de punição a quem não deu a função social, nos termos do art. 182, § 4º, inciso, II, da CF/88.

Buscando essa interpretação teleológica, já podemos singelamente apontar que as alíquotas progressivas do IPTU pela finalidade, quer preventiva, quer a repressiva não devem ser aplicadas em relação aos imóveis situados no condomínio Terras do Golfe (que não são condôminos, mas sim, se estabelecem como associados – não é condomínio, mas sim, sociedade³).

Isso porque, eles não têm pertinência com a função social da propriedade, uma vez que se trata de imóvel de alto padrão que está localizado na periferia da cidade, ou seja, em região afastada do perímetro urbano, às margens da rodovia e em área que ainda está em processo de expansão urbana, desunidas de sua circunvizinhança.

Ora, não se pode negar que a principal finalidade dos condomínios fechados é a de proporcionar liberdade e segurança aos seus moradores, incluídos aí apenas uma parte da sociedade que assim escolher morar.

Em resumo, tais condomínios não apresentam nenhum interesse social relevante que justifique a aplicação de alíquotas progressivas do IPTU.

Assim sendo, se toda infraestrutura, seja de água, luz, serviço de lixo e demais já são custeados exclusivamente pelos moradores e sem sombras de dúvidas com o efetivo exercício da função social da propriedade, inclusive, até mesmo de forma mais efetiva que o poder público (coleta seletiva do lixo dos condôminos), não há razão de ser para se exigir que faça o que já está feito (finalidade extrafiscal preventiva) e, muito, menos para se punir por não ter feito (finalidade extrafiscal preventiva).

Ora, se as essas pessoas unem esforços para constituir uma associação para valorizar os lotes ao seu redor e investem do próprio bolso o custeio de toda infraestrutura interna (equipamentos públicos que justificariam a incidência da alíquota), então, não há qualquer espaço para eles serem “punidos com a alíquota máxima”.

Tratar tais associados da mesma forma dos proprietários de lotes que o deixam ao abandono e como descarte de lixo, é tratar igualmente os desiguais, ou em aplicar pena sem fato gerador para tanto, o que não pode ser tolerado.

Ademais, se o Município para autorizar o empreendimento exige que ele custeie toda infraestrutura e sem qualquer participação financeira do poder público, se limitando a mera autorização e fiscalização, então, a cobrança de alíquota máxima importa em enriquecimento sem causa, o que não pode ser admitido.

Por fim, digno de nota, que o fato gerador da cobrança do IPTU, que é ser proprietário do imóvel em território urbano (finalidade fiscal) não é o mesmo fato gerador da cobrança do IPTU progressivo (extrafiscal).

2 CTM. “a propriedade atenderá a sua função social”.

3 “As infraestruturas do loteamento foram realizadas com recursos da Associação de condôminos, sem contrapartida do poder público. Impossibilidade de cobrança pela taxa de serviços públicos, em razão da ausência de prestação desses serviços em favor do bem imóvel, como limpeza e coleta de lixo, tendo sido necessária a contratação de empresa particular. 4. Devida a restituição dos valores pagos a maior, diante da indevida cobrança do IPTU com base na maior alíquota (3,5)” (Apelação nº 0845030-90.2015.8.12.0001 - Campo Grande Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso)

A simples propriedade e até mesmo a posse e domínio útil do imóvel gera a obrigação de pagar o referido imposto, contudo, a não utilização do mesmo em acordo com o que preceitua a função social da propriedade é que possibilita, ou melhor, pode autorizar o município a instituir a cobrança do IPTU na modalidade progressiva, o que não ocorre neste caso e, por via de consequência, o que não justifica o acréscimo de percentual no valor já tributado a título de IPTU (por ser proprietário de imóvel urbano, tão somente).

Em relação à interpretação literal.

O simples fato de o imóvel de propriedade dos autores cumprir sua função social é suficiente para impossibilitar a aplicação de alíquotas diferenciadas do IPTU (progressividade), razão pela qual, perde o objeto a discussão acerca da existência de melhoramentos construídos às expensas do empreendedor para fins de aplicação da progressividade do IPTU.

Contudo, para fins de ficar incontestado de dúvidas, abro capítulo sobre esta questão jurídica.

Vejamos.

A atuação do fisco se confunde com a atuação do poder público, contudo, de forma mais específica e atrelada à relação jurídica tributária do art. 145 da Constituição Brasileira e, portanto, segue a mesma sorte em relação à legalidade estrita que marca a atuação do legislador, genericamente prevista no *caput* do art. 37 da CF.

Especificamente, para o fisco, esta legalidade estrita vem prevista no art. 150, I da Constituição Federal, ao dispor que:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

E esta premissa é que assenta toda teoria tributária, mais precisamente, em instituir como elemento do tributo o fato gerador/aspecto material de incidência, que consiste na exata correspondência entre o fato e a norma, promovendo o fenômeno da “subsunção”.

“Ao contrário das demais normas jurídicas, que nem sempre estão diretamente atreladas ao princípio da legalidade, a normas jurídicas tributárias têm sua incidência coligada à realização de um fato – ou estado de fato – minudentemente descrito em lei (Roque Antônio Carrazza. Curso de direito constitucional tributário. 28ª ed. São Paulo: malheiros, p. 272)”.

Neste ponto que me revela pela reforma da sentença, uma vez que para acolher o percentual máximo de 3,5% (três por cento e meio) há requisitos da lei e, portanto, se houver subsunção haverá exação e, se não houver, não há fato gerador para tributação na tal alíquota máxima.

Pois bem, a Lei nº 1.466/73 (Código Tributário Municipal), com redação dada Lei Complementar Municipal nº 78/2005, em seu art. 148 prevê os percentuais de progressão de alíquotas do IPTU para os imóveis situados no Município de Campo de Grande/MS, estabelecendo que:

“Art. 148. O Imposto Predial e Territorial Urbano-IPTU, sem prejuízo do que se refere o art. 182, § 4º, inciso II da Constituição Federal, será progressivo em razão do valor do imóvel e terá alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel, sendo cobrado na base de: I - 1% (um por cento) do valor venal dos imóveis edificados; II - 0,5 % (meio por cento) do valor venal das glebas não edificadas e encravadas dentro

do perímetro urbano desprovidas de quaisquer dos melhoramentos e serviços públicos abaixo indicados: a) Pavimentação e meio-fio; b) Abastecimento de água; c) Sistema de esgoto sanitário; d) Rede de energia elétrica. e) Escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado. III - 1% (um por cento) do valor venal dos imóveis não edificadas localizados em logradouro público e que não possuam qualquer dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II; IV - 1,5% (um e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificadas e que possuam, pelo menos, um dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II". V - 2,5% (dois e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificadas e que possuam, pelo menos, dois dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II; VI - 3,5% (três e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificadas e que possuam, pelo menos, três dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II.

Veja que o caso posto à apreciação enquadra-se no inciso II do art. 148 do Código Tributário Municipal – CTM e, portanto, a alíquota a incidir, de acordo com a legalidade estrita do art. 150, I da CF/88 é de 0,5% e, não, a de 3,5%.

Assim já decidiu este Tribunal:

“Inobstante a possibilidade de exação, ante a presença do fato gerador da cobrança do IPTU, não se verificam preenchidas nenhuma das hipóteses para a aplicação da forma progressiva referido imposto, quais sejam, atendimento ao princípio da capacidade contributiva (progressividade fiscal), compelir o proprietário do imóvel urbano a utilizar sua propriedade conforme estabelece o plano diretor do Município e o Art.182, § 4º, II da Constituição Federal c/c Art.182, § 2º, ambos da Constituição Federal (progressividade extrafiscal de natureza preventiva), e a aplicação a título de sanção, prevista no Art.182, § 4º, II, da Carta Magna (Progressividade Extrafiscal de Natureza Punitiva). Em suma, no caso dos autos, resta caracterizado o caráter extrafiscal do imposto, sendo que a progressividade somente poderia ser reconhecida ante a existência de melhoramentos realizados pelo Poder Público, bem como, a ausência de utilização do imóvel em acordo com o que preceitua a função social da propriedade. Na hipótese que ora se analisa verifica-se que o valor do IPTU cobrado é incompatível com o imóvel gerador do débito, já que o terreno não é atendido por melhoramentos públicos, que justificam a alíquota cobrada de 3,5% (três por cento), ressaltando que o loteamento em questão vem cumprindo sua função social, já que além de proporcionar a valorização dos imóveis de menor custo localizados na região totalmente afastada do meio urbano, preserva a qualidade do meio ambiente e possui toda estrutura para seu funcionamento, já que todos os custos com o implemento do loteamento foram arcados privativamente. Portanto, por não estarem preenchidos nenhum dos requisitos necessários à cobrança do IPTU progressivo, ou seja, com alíquotas diferenciadas, deve ser negado provimento aos presentes Embargos Infringentes, para que sejam mantidos os fundamentos expostos no voto vencedor que deu provimento à apelação cível interposta pelos embargados. (TJMS. Embargos Infringentes nº 0067980-39.2009.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Seção Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 04/05/2015, p: 06/05/2015)”.

Anota-se ainda, que o fato do cadastro da Prefeitura constar melhoramentos feitos por ele (Município) no local não importa em presunção absoluta que eles efetivamente estejam implementados, tanto é verdade, que o autor trouxe farta documentação de que esses serviços anotados na ficha cadastral do fisco foram custeados exclusivamente pelos moradores.

E mais, esta alegação do requerido constitui fato extintivo do fato constitutivo do autor e, portanto, caberia o Poder Público Municipal a sua prova, nos termos do inciso II do art. 373 do CPC e, prova esta, não exercida.

Anoto ainda que não assiste razão à alegação de que a exigência dos melhoramentos para alíquota máxima do inciso II do art. 148 do Código Tributário Municipal – CTM é até a entrada do condomínio, ou seja, até a portaria.

Aqui há um colorido especial para o caso in concreto.

A área sob embate envolve um condomínio em zona de expansão urbana, na beira de rodovia, fora do espaço urbano propriamente dito.

Assim, só por amor aos argumentos, os “serviços prestados do lado de fora do condomínio” não podem se dirigir ao caso como suficientes para a subsunção pretendida, especialmente por não preencherem o rol apontado na norma municipal.

Nem se confunda, como a defesa do Fisco quer, a natureza dos serviços por ele prestados e aqueles equipamentos exigidos para a subsunção da alíquota máxima.

Tais equipamentos são de natureza diversa daquela que permite a exigência de taxas de serviços públicos, sendo afetos a cobrança por preço ou tarifa públicas.

De tal sorte, asfalto, iluminação, água e esgoto, são equipamentos que legitimam a alíquota máxima, e permite a exação por meio do tributo IPTU, porque quando o Poder Público faz a implantação destes, faz com recursos gerais de seu caixa, especialmente com os advindos da arrecadação de impostos, que não se vinculam com nenhuma atividade estatal específica.

Lógico, portanto, que não tendo sido por ele custeado (Poder Público), inexecutável a cobrança de alíquotas que tem sob premissa exatamente a existência de tais equipamentos implantados e custeados por ele, quando, no caso, tal encargo fora exclusivamente dos proprietários. Evidente que se deva tratar tais proprietários, como aqueles que possuem terrenos em local sem existência de tais equipamentos.

A mesma sorte socorre a pretensão de cobrança sobre serviços que efetivamente não são prestados pelo Município na localidade apontada, e que estariam atreladas ao mesmo lançamento onde se exige o IPTU com alíquota máxima.

E por fim, a fim de que haja otimização e efetividade desta ação, nos termos exigidos pelo art. 6º e art. 8º do CPC e levando em conta que a decisão declaratória (o que ocorre com este caso – ilegalidade e inexigibilidade), desde que contenha todos os elementos da obrigação é executável é que já fixo os elementos acessórios da obrigação, mais precisamente, os encargos.

Entendimento este em sistema de precedentes pelo STJ:

“A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido” (REsp nº 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki). 2. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito. Precedentes da Primeira Seção: REsp. 796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. Nº 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. Nº 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006. 3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1114404/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010).

“A sentença declaratória em ação de revisão de contrato pode ser executada pelo réu, mesmo sem ter havido reconvenção, tendo em vista a presença dos elementos suficientes à execução, o caráter de “duplicidade” dessas ações, e os princípios da economia, da efetividade e da duração razoável do processo (REsp nº 1.309.090/AL)” (AgRg no REsp 1446433/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Dje 9.6.2014)” (EDcl no AgInt no REsp 1277669/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018).

“As sentenças de cunho declaratório podem ter força executiva, se presentes os elementos necessários à execução, como exigibilidade e certeza da relação. Precedentes” (AgRg no REsp 1446433/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).

Pois bem, conforme entendimento vigente, a correção monetária deve ser corrigida com base no índice da caderneta de poupança, de uma única vez, aplicado o índice IPCA-E a partir de 25.03.2015.

O termo inicial da correção monetária será a partir do pagamento indevido, em conformidade com a Súmula nº 162 do STJ. E, os juros moratórios, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula 188 do STJ).

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e dou provimento ao recurso para declarar a ilegalidade no lançamento de IPTU à alíquota de 3,5% sobre o valor do imóvel e ajustando a alíquota para 0,5% sobre os valores venais, a contar da propositura da ação, bem como, declarar inexigível a cobrança de toda e qualquer taxa municipal com o IPTU, por inexistir prestação de serviço público para o loteamento Terras do Golfe, bem como, para estabelecer os elementos acessórios da obrigação, mais precisamente, a correção monetária deve ser corrigida com base no índice da caderneta de poupança, de uma única vez, aplicado o índice IPCA-E a partir de 25.03.2015.

O termo inicial da correção monetária será a partir do pagamento indevido, em conformidade com a Súmula nº 162 do STJ. E, os juros moratórios, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula 188 do STJ).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 7 de novembro de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0053707-84.2011.8.12.0001 - Corumbá
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RECONHECIMENTO DE FIRMA – ASSINATURA FALSA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TABELIÃO – ERRO GROSSEIRO NA ASSINATURA E ERRO NA DOCUMENTAÇÃO PESSOAL – NÃO CUMPRIMENTO DAS NORMAS DA CORREGEDORIA – DANO MORAL CONFIGURADO – DANO MATERIAL NÃO DEMONSTRADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

O art. 37, § 6º da CF traz a responsabilidade objetiva do Estado perante a conduta de seus agentes, sendo que os tabeliões ainda que assumam a posição de pessoas jurídicas de direito privado, são prestadores de serviço público, agentes por delegação, sujeitando aos regramentos e fiscalização do Estado e portanto também responsáveis de forma objetiva pelos seus atos.

Ainda que se entenda pela responsabilidade objetiva do tabelião, verificado que o reconhecimento de firma mesmo que por semelhança se deu por negligência, já que a assinatura mostra-se a olho nu divergente da registrada no cartório, e ainda com erros na documentação pessoal, evidente a culpa do tabelião ao reconhecer assinatura falsificada.

Claro é o dano moral sofrido pela parte que tem recibo de quitação de débito falsificado reconhecido por tabelião, considerando os erros grosseiros do documento, e em consideração atividade exercida no sentido que há uma relação de confiança na prestação deste serviço público que garante a autenticidade dos atos jurídicos praticados.

O valor da indenização pelos danos morais deve ser fixado ao arbítrio do juiz, de forma moderada e equitativa, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro. A análise deve ser caso a caso, estipulando-se um valor razoável, que não seja irrelevante ao sofredor do dano (possibilite a satisfação compensatória) e que cumpra a sua função de desestímulo/prevenção a novas práticas lesivas (caráter punitivo).

Sendo o dano material aquele que atinge o patrimônio da parte, deve ser devidamente comprovado para eventual condenação.

Recurso conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal que lhe negava provimento, tudo nos termos do art. 942, do CPC.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação interposta por Felipe Espírito Santo Bustorff em face da sentença de improcedência (f. 649-662) proferida nos autos da ação indenizatória proposta em desfavor de Jorge Luiz da Silva e Estado de Mato Grosso do Sul.

Requer a reforma da sentença para que haja condenação dos recorridos ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de reparação por danos morais; R\$ 658.400,00 de lucros cessantes, referente ao que o recorrente deixou de ganhar com a venda da propriedade; indenização por danos materiais na quantia de R\$ 90.000,00 atinente à apropriação indébita de maquinário agrícola, arrendamento que deixou de receber, despesas de viagem, pericial, e ainda contratação de advogado de R\$ 10.000,00 par atuar no processo anterior.

O recorrente afirma que o pedido de reparação de danos decorre dos prejuízos causados pelos recorridos em razão de reconhecimento de assinatura nitidamente falsa, esclarecendo que a responsabilidade de notário é objetiva, bastando a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Afirma que o notário não agiu com o mínimo de cuidado possível para o reconhecimento da assinatura no documento de declaração de quitação de dívida (f. 39), considerando o erro grosseiro das assinaturas, o qual alega que nem mesmo é necessário o uso de equipamentos ou perícia para identificar a diferença.

Sustenta que diante de tal conduta, o notário ocasionou grandes prejuízos, pois na ação de despejo que movida em face do primeiro recorrido tal documento falsificado acarretou o entendimento do magistrado da quitação do débito do arrendamento.

Alega que no documento falsificado, não somente há erro grosseiro na assinatura como também nos dados pessoais do recorrente, não tendo o notário nem mesmo verificado a ficha cadastral, além de ter conhecimento dos desentendimentos entre o ora recorrente e os seus arrendatários.

Subsidiariamente, requer a redução dos honorários advocatícios, pois foram arbitrados em 15% sobre o valor da causa, o que importa em R\$ 276.000,00, que afronta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Contrarrazões (f. 699-707) pelo não provimento ao recurso.

Contrarrazões do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 736-741) pela manutenção da sentença.

VOTO (05/09/2018)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Felipe Espírito Santo Bustorff em face da sentença de improcedência (f. 649-662) proferida nos autos da ação indenizatória proposta em desfavor de Jorge Luiz da Silva e Estado de Mato Grosso do Sul.

Requer a reforma da sentença para que haja condenação dos recorridos ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de reparação por danos morais; R\$ 658.400,00 de lucros cessantes, referente ao que o recorrente deixou de ganhar com a venda da propriedade; indenização por danos materiais

na quantia de R\$ 90.000,00 atinente à apropriação indébita de maquinário agrícola, arrendamento que deixou de receber, despesas de viagem, pericial, e ainda contratação de advogado de R\$ 10.000,00 para atuar no processo anterior.

Mérito

A questão cinge-se a análise da responsabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul e do recorrido, tabelião do 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas jurídicas da Comarca de Corumbá (MS), em virtude de uma declaração de quitação de débito em que houve o reconhecimento de firma, conquanto tenha sido confirmada a falsidade da assinatura.

Verifica-se dos autos que o autor/recorrente antes de propor a presente ação indenizatória ajuizou uma ação de despejo em desfavor de Ricardo Oliveira Carneiro (nº 0101807-54.2008.8.12.0008) em virtude do inadimplemento referente a um arrendamento celebrado entre as partes.

Constata-se que a sentença da ação de despejo considerou como fundamento da decisão o recibo de quitação apresentado pelo arrendatário, até porque havia o reconhecimento de firma no documento, o que consequentemente determinou o julgamento pela improcedência dos pedidos da citada ação, e a reintegração da posse ao arrendatário.

Alega que em virtude da conduta do tabelião, que reconheceu firma de documento falsificado, teve diversos prejuízos como a impossibilidade de venda da propriedade, danos materiais causados pelos arrendatários no bem, entre outros.

Falsificação do recibo de pagamento

Ao analisar todo o conjunto probatório e ainda as manifestações das partes, incontroverso nos autos de que a declaração de quitação dos valores referentes ao arrendamento realizado com terceiro (Ricardo), foi falsificado, sendo portanto reconhecida firma, sem que de fato o recorrente tenha emitido tal documento.

Confirma-se inclusive a alegação do recorrente de que não somente a assinatura não era do apelante, como também havia erros nos dados pessoais, até mesmo em seu nome (f. 30)

Importante destacar que em consulta aos autos da ação de despejo, houve a interposição de recurso pelo ora também apelante, o qual foi julgado procedente, sendo em seguida opostos embargos infringentes, nos quais o julgamento foi de não provimento, mantendo o acórdão, isto é, a decisão de ausência de pagamento do contrato de arrendamento, ou seja, procedente ação de despejo, em favor do ora apelante.

Ao analisar os fundamentos dos embargos infringentes¹, verifica-se oportunamente que o documento discutido nestes autos indenizatório foi também analisado pelo então relator dos infringentes, o qual considerou a inautenticidade da assinatura, não somente amparado pelo laudo pericial mas também por considerar que houve erro grosseiro, já que as assinaturas são bastante divergentes.

Destaca-se o que foi asseverado no acórdão:

O último recibo de quitação do contrato de arrendamento juntado no processo (f. 322), apresentado de forma extemporânea, isto é, quando já havia encerrado a fase instrutória, também não serve de fundamento para acolher os embargos, pois o embargante não mencionou a sua existência no momento oportuno, na contestação. O recibo foi emitido supostamente no dia 27 de fevereiro de 2008, ou seja, bem antes da data do ajuizamento da ação, que se deu no dia 29 de abril de 2008. Por esse motivo, se fosse verdadeira a

¹ 0101807-54.2008.8.12.0008/50007. Rel. Exmo. Des. Vilson Bertelli. J. 04.03.2013.

informação constante neste documento, consistente no pagamento ao embargado do valor total do contrato de arrendamento, o embargante traria essa informação na contestação, ou pelo menos nas alegações finais.

(...)

Ademais, não é necessário conhecimento técnico para constatar a inautenticidade da assinatura constante no recibo de quitação (f. 322), por ser totalmente distinta das assinaturas do autor/embargado na procuração (f. 11) e na revogação das procurações (f. 39-40). Consequentemente, a perícia realizada pelo IPC Instituto de Perícias Científicas somente confirma o que pode ser visto a olho nu, ou seja, a inautenticidade da assinatura constante na declaração de quitação do arrendamento da Fazenda Bela Vista (f. 322).

Assim, além do laudo pericial apresentado (f. 26-38), do fato de que o recorrido apenas sustenta de que o reconhecimento de firma deu-se por semelhança, clara está a falsidade do documento e a conduta do tabelião ao realizar o reconhecimento de firma de tal recibo.

Diante disso, resta apenas definir a responsabilidade do tabelião, ora recorrido e do Estado de Mato Grosso do Sul, ou seja, decidir se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva, subsidiária ou solidária.

Responsabilidade civil

E ao meu ver a responsabilidade civil tanto do serventuário quanto do Estado é objetiva.

Explica-se:

A Constituição Federal em seu art. 236 deixa de forma clara que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.²

Ou seja, ainda que a execução da atividade notarial, cartorária seja exercida por particulares, os quais prestam concurso público para este fim, tal atividade se trata de serviço público, e portanto segue as normas do Estado, sujeitos à fiscalização do ente delegante, e assim, diga-se que se trata de exercício de função estatal em sentido amplo, por delegação de entidade pública e consequentemente são denominados agentes delegados.

Sigo o entendimento doutrinário de que se pode incluir os notários na categoria de agentes públicos ou ainda como diz Celso Antônio Bandeira de Mello particulares em colaboração com o Poder Público.

Não se pode restringir ao conceito de servidores públicos, até porque não ocupam cargo efetivo tampouco recebem dos cofres públicos, mas são agentes públicos, que exercem atividade pública, sofrendo fiscalização periódica e sujeitos ao princípio da legalidade, uma vez que devem respeitar a legislação (Lei 8.935/94 - lei geral) e as normas da Corregedoria.

Diante de tais considerações, cabe a aplicação do art. 37, § 6º da CF que diz:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

² Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (Regulamento)

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. (Regulamento)

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tal dispositivo traz, portanto, a responsabilidade objetiva do Estado perante a conduta de seus agentes, ainda que sejam particulares, agentes delegados, e assim, neste caso, evidente a responsabilidade objetiva do Estado, cabendo assim apenas a análise dos requisitos ato ilícito, dano, nexos causalidade, e somente afastada a responsabilidade em caso de comprovação do ente público das excludentes de responsabilidade.

Sobre a matéria:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ESTADO – RECONHECIMENTO DE FIRMA – CARTÓRIO OFICIALIZADO. Responde o Estado pelos danos causados em razão de reconhecimento de firma considerada assinatura falsa. Em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva é do notário, no que assume posição semelhante à das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos - § 6º do artigo 37 também da Carta da República. (RE 201595, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 28/11/2000, DJ 20-04-2001 Pp-00138 Ement Vol-02027-09 Pp-01896)

EMENTA – CONSTITUCIONAL – SERVIDOR PÚBLICO – TABELIÃO – TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – C.F., art. 37, § 6º. I. - natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º). II. - negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (RE 209354 AgR, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 02/03/1999, DJ 16-04-1999 PP-00019 Ement Vol-01946-07 PP-01275).

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ATO PRATICADO POR TABELIÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO RECONHECIDA EM SENTENÇA – NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE DENUNCIAÇÃO À LIDE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a decisão que indeferiu o pedido de denunciação à lide dos sucessores de serventuário titular do cartório e registro extrajudicial, porquanto foi reconhecida a responsabilidade objetiva do estado em sentença que não foi objeto de recurso de apelação. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1404332-88.2018.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 26/06/2018, p: 29/06/2018)

Desta forma, reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado, cabendo a reparação do dano causado ao recorrente.

Cabe neste momento, esclarecer o posicionamento deste Relator é no sentido de que a responsabilidade do Estado além de ser objetiva é solidária, contudo, constata-se que tal questão já foi analisada por este Tribunal quando da interposição de recurso de Agravo de Instrumento nº 4007266-09.2013, no qual restou definida a responsabilidade solidária. (f. 494-499)

No que concerne à responsabilidade do recorrido, tabelião responsável pelo reconhecimento de firma em documento falsificado, também filio-me a corrente doutrinária de que a responsabilidade é objetiva.

A Lei 8.935/94 em seu artigo 22 traz a hipótese de responsabilidade dos notários, oficiais de registro em casos de prejuízo a terceiro.

A nova redação do mencionado artigo, que traz a especificação da conduta dolosa ou culposa, ou seja, responsabilidade subjetiva, ocorreu somente em 2016, bem depois da propositura da presente ação indenizatória, quando ainda prevalecia a redação anterior.

Veja-se:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Art. 22. Os notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes, responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, inclusive pelos relacionados a direitos e encargos trabalhistas, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos. (Redação dada pela Lei nº 13.137, de 2015)

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

A questão não é pacificada, sendo que há posicionamento tanto para a responsabilidade objetiva de tais agentes delegados, como também como responsabilidade subjetiva, tese esta que foi inclusive recentemente especificada no art. 22 da legislação.

Tanto não é questão de fácil julgamento, que o Superior Tribunal de Justiça, tem em tramitação o Recurso Extraordinário nº 842.846-SC, no qual foi reputada a repercussão geral (todavia sem suspensão dos processos em andamento), no qual se tem por tese a verificação da responsabilidade civil do Estado e dos notários e registradores.

No entanto, tenho por entendimento de que a responsabilidade do recorrido, tabelião, é objetiva, tendo por base o art. 236 e art. 37, § 6º da CF, considerando que tais agentes assumem a posição semelhante a das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, além do que se trata de serviço público em que se atesta documentos, em que o cidadão tem a expectativa/garantia da fé pública no documento levado a autenticação, como neste caso de reconhecimento de firma.

Não se pode deixar de mencionar que o serviço notarial é de organização técnica e administrativa destinado a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. (art. 1º da Lei 8.935/94).

Portanto, cabe ao presente caso verificar os requisitos da responsabilidade objetiva, isto é, não há necessidade de verificação de dolo ou culpa do recorrido ao reconhecer a firma e documento falsificado, basta a conduta errônea e o eventual dano causado a parte recorrente.

Ainda que se entendesse pela responsabilidade subjetiva do recorrido para configuração do dever de reparação civil, no presente caso, é clara a conduta culposa do apelado.

Primeiro que ao verificar a declaração de quitação do débito (documento falsificado f. 30) pode-se dizer pelo erro grosseiro no reconhecimento, tanto que essa também foi a conclusão no acórdão dos embargos infringentes concernentes à ação de despejo.

E a principal questão a se apontar de tal documento é não somente a diferença da assinatura do recorrente, como também a documentação pessoal está divergente, já que o nome do apelante foi escrito de forma errada, pois na declaração consta Felipe Espírito Santos, enquanto seu nome seja Felipe Espírito Santo. O CPF que consta tanto no teor do recibo, quanto em baixo da assinatura falsificada é 944.438.928-91, porém seu cadastro é 944.488.928-91.

Destaca-se que no serviço de reconhecimento de firma ainda que se dê por semelhança³ cabe ao agente realizar o procedimento determinado nas regras da Corregedoria, prevista no art. 590:

Art. 590. O reconhecimento de firma por semelhança deve ser procedido mediante cuidadoso confronto entre a assinatura lançada no documento e o padrão existente no cartório.

Parágrafo único. O tabelião responderá administrativa, civil e criminalmente pela autenticidade da firma não depositada que vier a ser reconhecida por semelhança.

No anexo I do Código de Norma da Corregedoria, a ficha assinada mais de uma vez pelo interessado, na qual constam os principais dados para a identificação deste. E com base nesta ficha com os dados da pessoa é que se deve analisar o documento a ser reconhecida firma.

Ora, se o recorrido tivesse de fato cumprido de forma prudente e com a atenção devida para o reconhecimento de firma por semelhança, ainda que lhe seja vedada a análise do conteúdo do documento, é de sua atividade a averiguação dos documentos pessoais, comparação das assinaturas e principalmente o correto nome, ainda mais em circunstâncias em que não é a própria pessoa que reconhece a sua firma.

Assim, evidente o ato ilícito, decorrente do reconhecimento da firma de documento falsificado, e ainda que nem mesmo fosse necessária na demonstração da culpa, neste caso específico também é possível identificar a conduta negligente do recorrido, que nem mesmo conferiu o nome e documentação do recorrente antes de dar autenticidade ao recibo.

Pode-se também dizer que o recorrido tinha conhecimento da inadimplência do arrendatário dos problemas existentes entre o recorrente e o arrendatário, em virtude de vários fatos, como revogação de procuração, emissões de cheques sem saldo para pagamento.

Tanto que no documento de f. 72, troca de e-mail entre o apelante e o recorrido, é possível verificar a clara informação da inadimplência do arrendatário, dos problemas relacionados também com Adir Carneiro Neto, filho do arrendatário, o qual teve a procuração revogada, documento este em 2008, antes do reconhecimento de firma em 2010.

Assim, considerando todas as argumentações acima apresentadas, não se pode afastar a responsabilidade civil objetiva tanto do recorrido – tabelião – quanto do Estado de Mato Grosso do Sul, passando a verificar a existência do dano.

3 No reconhecimento por semelhança, por assemelhação ou comparado, o tabelião declara por comparação que a firma tem os caracteres análogos aos do signatário, que tem vista ou consta em firma arquivada em cartório. A fórmula usada é a seguinte: “Reconheço por semelhança a firma (ou a letra e a firma, ou a ficha e o sinal público) de..., do que dou fê”. (local e data) Em testemunho (sinal público) da verdade, (a)... Na prática, tem sido omitida a expressão “por semelhança” (Anexo I do Código de Normas da Corregedoria).

Dos danos morais

Consoante sabido, o artigo 927 do Código Civil prevê que “*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

A responsabilidade civil, surge, então, de um descumprimento obrigacional, pela infringência a uma regra contratual, ou por ausência de observância de um preceito normativo que regula a vida.

Dentre os elementos estruturais da responsabilidade civil, que autorizam a fixação de dever de indenizar, estão a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo.

In casu, a conduta e o ato ilícito já foram amplamente analisados, e consiste no reconhecimento de firma (ainda que por semelhança) sem as devidas cautelas, reconhecendo documento com erros na documentação pessoal, além de ser evidente a divergência das assinaturas.

O dano moral, nos dizeres de Yussef Said Cahali⁴, é;

“(...) Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exhaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza (...)”.

Percebe-se, então, que à luz da Constituição vigente, o dano moral é aquele que decorre da violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Ainda que se relacione com sentimentos de dor, vexame ou humilhação, deve-se atentar que o dano moral não está ligado à reação da vítima - até porque eles não suscetíveis de serem avaliados em termos pecuniários, em sua precisa extensão, mas à violação aos direitos da personalidade, constitucionalmente garantidos. Eventual dor ou sofrimento experimentado pela vítima será consequência do dano (e com ele não se confundido). Daí entra a função compensatória do dano moral.

Conforme extrai-se dos autos, é caso de fixação de dano moral em favor do apelante, pois evidente que o reconhecimento de assinatura falsa trouxe ao apelante, não somente prejuízos financeiros como também da ordem moral, considerando a confiança que se tem na atividade notarial, e o fato de que tal conduta causa sentimentos que fogem do mero aborrecimento da parte.

Sendo assim, impõe-se condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Passa-se à fixação do seu *quantum*.

O valor da indenização pelos danos morais deve ser fixado ao arbítrio do juiz, de forma moderada e equitativa, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro.

A análise deve ser caso a caso, estipulando-se um valor razoável, que não seja irrelevante ao sofredor do dano (possibilite a satisfação compensatória) e que cumpra a sua função de desestímulo/prevenção a novas práticas lesivas (caráter punitivo).

É o que se colhe da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

4 CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. Conforme o Código Civil de 2002. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 11.

Para a quantificação do dano moral deve-se levar em conta a condição social das partes, a gravidade da lesão, o caráter punitivo para o agente e a natureza compensatória da condenação para a vítima, não podendo ser fonte de locupletamento. (STF-Excerto de acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello no Agravo de Instrumento 455846/RJ-Informativo 364).

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

(...) 2. Na fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa. Nessas circunstâncias, considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, não se mostra desarrazoada ou desproporcional a fixação do quantum indenizatório em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 633.251/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 26/05/2015)

O Superior Tribunal de Justiça considera como justa a fixação dos danos morais de acordo com o método bifásico, que minimiza a arbitrariedade e afasta a tarifação do dano. Veja-se, *mutatis mutandis*:

RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO – RESPONSABILIDADE DO CLUBE PELA FALHA NO SERVIÇO – DANO MORAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO – CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO – MÉTODO BIFÁSICO – NÚCLEO FAMILIAR SUJEITO DO DANO – NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – PENSÃO MENSAL DEVIDA. 1. O clube recreativo que possui em sua estrutura piscinas e lagoas é responsável pelo afogamento e óbito de criança em suas dependências, quando comprovada falha na prestação do serviço, configurada pela não adoção de medidas preventivas adequadas ao risco de sua fruição: segurança dos banhistas, salva-vidas, boias para a indicação da parte funda da rasa do lago, profissional médico, aparelho de respiração artificial. 2. O Superior Tribunal de Justiça, quando requisitado a se manifestar sobre o arbitramento de valores devidos pelo sofrimento de dano moral, deve interferir somente diante de situações especialíssimas, para aferir a razoabilidade do quantum determinado para amenizar o abalo ocasionado pela ofensa. 3. O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano. Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso. 4. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). 5. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz. (...) (REsp 1332366/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 07/12/2016)

Conforme se denota, no referido método a indenização é fixada em duas fases:

1ª) Arbitra-se um valor inicial de acordo com o interesse jurídico lesado, sempre em conformidade com os precedentes jurisprudenciais que versem sobre o mesmo tema;

2ª) Faz-se o ajustamento desse valor dentro das peculiaridades do caso concreto, com a fixação equitativa pelo julgador.

Pois bem. Analisando o caso presente, entendo que de modo a respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade o valor da indenização deve ser de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), observando ainda o critério do Tribunal Superior.

Isso porque deve ser levado em consideração a gravidade do fato, visto que se trata de atividade notarial, serviço público ainda que por delegação, o qual garante a veracidade da documentação trazendo segurança nos atos jurídicos praticados, gozando de fé pública, em que os cidadãos entendem por uma conduta de confiabilidade, o que evidentemente não ocorreu neste caso.

Ademais, necessário observar a situação socioeconômica das partes litigantes, fator relevante no arbitramento da reparação pelo dano extrapatrimonial.

Por conseguinte, considerando as peculiaridades do caso concreto mostra-se suficiente e adequada a fixação da indenização por danos morais correspondente a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Anoto que os valores referentes aos danos morais devem ser corrigidos monetariamente pelo IGP-M/FGV da data do seu arbitramento (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Danos materiais

Requer o apelante o pagamento dos danos materiais sofridos, pugnando pela quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) referente aos honorários advocatícios em decorrência da necessidade de recurso de apelação nos autos da ação de despejo movida em face de terceiro; lucros cessantes de R\$ 658.400,00 (seiscentos e cinquenta e oito mil e quatrocentos reais) atinente a diferença do valor na venda da propriedade; R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) em virtude da apropriação indevida de maquinário, implementos, valores referentes ao arrendamento; além de despesas com viagem e perícia.

Não assiste razão ao apelante quanto à reparação por dano material.

Como se sabe, o dano material é aquele que atinge o patrimônio da parte, podendo ser mensurado financeiramente e indenizado.

Sérgio Cavalieri Filho⁵, leciona:

“Os efeitos do ato ilícito podem repercutir não apenas diretamente sobre a vítima mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano não na sua substância, mas na sua consistência prática.

(...) Entendo que a solução prática deva ser buscada, uma vez mais, no nexo de causalidade. O ofensor deve reparar todo o dano que causou, segundo a relação de causalidade. O que importa é saber se o dano decorreu efetivamente da conduta do agente, já que, como vimos, em sede de responsabilidade civil predomina a teoria da causa adequada, ou da causa direta e imediata.”

Diante disso para ser determinada a reparação do dano material, deve ser devidamente comprovado nos autos.

No que concerne ao pedido de reparação em virtude da apropriação indevida de maquinários e implementos, não há nos autos qualquer comprovação efetiva de tais fatos, tampouco com relação aos valores dos alegados danos, ficando o recorrente na mera alegação.

⁵ CAVALIERE, Sérgio Filho. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 136-137.

O processo teve seu tramite normal, com diversas oportunidade de produção de provas documentais e testemunhais, porém não há nada nos autos que demonstrem tal afirmação e o custo de tais danos. No mesmo sentido são as despesas de viagem e custo de perícia, já que não há qualquer recibo ou documento que comprove alegado prejuízo.

Quanto aos honorários advocatícios de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nota-se que tal valor decorre da contratação de advogado nos autos da ação de despejo em face de terceiro (Ricardo), cabendo, portanto, ao recorrente buscar tal quantia em face do arrendatário, não podendo ser imputado ao tabelião e ao Estado.

No que tange aos lucros cessantes decorrente da diferença do valor da venda da propriedade, entendo que também não assiste razão ao recorrente, pois a única documentação juntada trata de contrato de arrendamento (f.77) com a opção de compra e venda, dando prioridade aos arrendatários na aquisição (f. 78 – cláusula 8º).

Verifica-se ainda da instrução processual, que o apelante afirma ter feito negociação com suíços para a compra do imóvel, todavia, mais uma vez não trouxe documentação para comprovar tal negociação, tanto é que em seu próprio depoimento alega que não foi juntado.

Frisa-se que somente se pode concluir pela quantia requerida em sua petição inicial do que tange aos lucros cessantes, em virtude da diferença de valores na alegada venda da fazenda, pelo e-mail trocado entre o apelante e sua advogada (f. 254-255), porém para configurar o dano material, é necessária prova suficiente do prejuízo, e a correspondência eletrônica não cumpre a função de efetiva comprovação da promessa de compra e venda, tampouco da desistência da compra pelos suíços.

E assim, não há nos autos qualquer documento de que o apelante já estava negociando a venda da propriedade por uma quantia maior do que acabou vendendo, até porque nem mesmo há nos autos a comprovação da venda da propriedade e por qual valor.

Importante destacar, que na petição inicial do apelante, por mais que traga o tópico de danos materiais, sua causa de pedir é genérica apenas afirmando que teve que alienar a fazenda por preço abaixo que pretendia, além de afirmar que precisou contratar advogado para interpor recurso na ação de despejo.

Ora, ainda que pudesse de fato ter ocorrido o alegado dano, necessária comprovação e mensuração, ou seja, não basta afirmar que vendeu o imóvel por preço abaixo do que pretendia, quando não comprova nem mesmo a venda do bem, não havendo portanto comprovação do prejuízo, da quantia que deixou de receber em virtude da conduta do agente/recorrido.

Acrescenta-se também que no que concerne ao prejuízo ocasionado pelo primeiro arrendatário, requerido na ação de despejo, ainda que haja a possibilidade do dano material reflexo causado pelo tabelião, na inicial, o apelante apenas cita em seus pedidos a necessidade de reparação de gastos com viagem, perícia, apropriações indebitas, apontando a quantia de R\$ 90.000,00, a qual nem mesmo pode se identificar como foi feito o cálculo. Ou seja, houve apenas o pedido com relação aos alegados danos, sem qualquer fundamentação, causa de pedir, e novamente sem prova efetiva do prejuízo.

Também não faz jus nesta ação de indenização ao recebimento dos valores mensais dos arrendamentos não recebidos, pois tal pedido consta na ação de despejo, na qual além da rescisão do contrato de arrendamento, pugnou também pelo pagamentos das mensalidades não adimplidas e ainda que o arrendatário tenha permanecido na posse do imóvel em decorrência da sentença fundamentada no documento falso, não há nos autos informação tampouco pedido específico neste sentido, isto é, não há como presumir a quantidade de parcelas não adimplidas, qual o período que ficou sob a posse do arrendatário, quando o recorrente foi reintegrado na posse, nem mesmo foi apontada a quantia no que tange as mensalidades.

Portanto, considerando todos os fundamentos, pedidos e iniciais e instrução probatória, observando que foi garantida a produção de prova ao autor/apelante, não há nos autos prova efetiva do prejuízo material sofrido pelo recorrente.

Ônus da sucumbência

Na sentença em virtude da improcedência dos pedidos do ora recorrente, foi fixado o valor de 15% sobre o valor atualizado da causa.

Diante da reforma da sentença, e da procedência em parte dos pedidos formulados pelo autor, com a condenação do recorrido ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de danos morais, deve ser redimensionado o ônus da sucumbência.

Assim, por ter decaído em parte de seus pedidos, estabeleço a sucumbência em 20% para o autor/apelante e 80% para os recorridos, e observando o art. 85, § 2º do CPC, fica estabelecido o valor de 15% sobre o valor da condenação, em virtude da complexidade da causa e importância da causa, do tempo em que tramita a ação – mais de sete anos – com a necessidade de diversas manifestações e instrução probatória.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço do recurso de Felipe Espírito Santo Bustorff e dou provimento em parte para condenar os recorridos ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) referente ao dano moral.

Ônus da sucumbência redistribuído para 20% para o apelante e 80% aos recorridos, fixados os honorários em 15 % sobre o valor da condenação.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Marcos Brito), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (26/09/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Felipe Espírito Santo Bustorff, nos autos de Indenização, de nº 0053707-84.2011.8.12.0001, em que contende com Jorge Luiz da Silva, Estado de Mato Grosso do Sul.

O i. Relator conheceu do recurso de Felipe Espírito Santo Bustorff e deu provimento em parte para condenar os recorridos ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) referente ao dano moral.

A sentença, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil/2015, resolveu o mérito da demanda e julgou improcedente os pedidos formulados na inicial (f. 649-662).

A questão posta versa acerca da possibilidade de que os réus sejam civilmente responsabilizados pelos danos morais e materiais que o autor alega ter suportado, os quais foram ocasionados pelo indevido reconhecimento de firma realizado pelo 4º Serviço Notarial e de Registros de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá/MS.

O artigo 22, da Lei 8.935/94, aponta a hipótese de responsabilidade dos notários, oficiais de registro em casos de prejuízo a terceiro, sendo que o evento narrado aqui é anterior a alteração legislativa nº

13.286/2016, logo, não há necessidade de verificação de dolo ou culpa do recorrido ao reconhecer a firma e documento falsificado, basta a conduta errônea e o eventual dano causado a parte recorrente.

A Corte Suprema, inclusive, afetou o tema sem suspensão dos processos em andamento através do Recurso Extraordinário nº 842.846-SC, em sede de repercussão geral, o qual tem por tese a verificação da responsabilidade civil do Estado e dos notários e registradores.

Pois bem, a responsabilidade do tabelião é objetiva, dependendo sua configuração da demonstração do dano e do nexo de causalidade entre o ato e o dano, sendo que na hipótese em que os autores sofreram prejuízos e constrangimentos, uma vez que o demandado reconheceu, por autenticidade, assinatura falsa em declaração de quitação de dívida (f. 30 e 39).

Embora o autor/recorrente afirme que não assinou o documento e, inclusive, somente por meio de perícia grafotécnica, conseguiu concluir pela inautêntica da assinatura constante em referida declaração, ainda que incorreto o reconhecimento de firma realizado pelo 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da comarca de Corumbá, certo é que o tabelionato em questão e inúmeros outros, não possuem recursos, ou aparatos, necessários para uma maior certificação quanto a assinaturas reconhecidas.

Convém ressaltar que referida firma constante da declaração de quitação do débito não é perceptível de plano, mas como ressaltado dependeu de parecer técnico para corroborar sua falsidade.

Ainda que outros elementos daquele documento indicassem irregularidade, como a divergência entre a grafia do nome do declarante (Felipe Espírito Santos, enquanto seu nome seja Felipe Espírito Santo) e o número do seu CPF (numeral 944.438.928-91 quando o correto é 944.488.928-91), certo é que ao tabelião cumpre a certeza quanto a assinatura.

Apenas o reconhecimento da firma por semelhança deve ser procedido mediante cuidadoso confronto entre a assinatura lançada no documento e o padrão existente no cartório, pois o tabelião responderá administrativa, civil e criminalmente pela autenticidade da firma não depositada que vier a ser reconhecida por semelhança, segundo se deflui do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, em seu art. 590 (*caput* e parágrafo único).

Também daquele Código, essencial perceber que para o reconhecimento de firma poderá o tabelião, havendo justo motivo, exigir a presença do signatário ou a apresentação do documento de identificação e de inscrição no CPF (Art. 593), no entanto, tamanha a similitude das firmas que tal medida seria dispensada.

Ou seja, o notário atuou com as devidas cautelas e, assim compreendeu, por dispensar a exigência da presença do signatário.

Transcrevo, oportunamente, a seguinte passagem da bem lançada sentença:

“(...) Outrossim, não há qualquer determinação legal quanto a necessidade de que os notários utilizem aparelhos técnicos, normalmente utilizados por peritos, quando da averiguação de semelhança das assinaturas, bastando que sejam visivelmente parecidas, senão idênticas.

In casu, não houve erro grosseiro dos serventuários, pois as assinaturas constantes na declaração de quitação de dívida em questão e na ficha de firma existente no cartório são muito semelhantes (f. 34 e 287), não havendo possibilidade de se verificar, sem o auxílio de instrumentos específicos, as diferenças apontadas no laudo pericial.

A prova testemunhal produzida corrobora com isto, vez que Ricardo de Oliveira Carneiro afirmou que o tabelião não hesitou quando da realização do reconhecimento de firma, ratificando a similitude entre as assinaturas constantes nos documentos supracitados. (...)

Do mesmo modo, não havendo qualquer legislação que especifique a forma como deve ser realizado o reconhecimento de firma em determinada situação, como o é no caso de venda de veículos, por exemplo, não é de responsabilidade dos serventuários o conteúdo do documento cuja assinatura se pretende reconhecer.

Sendo assim, verifica-se que o primeiro requerido, Jorge, agiu dentro dos limites de sua profissão e não praticou qualquer ato ilícito ao reconhecer a firma aposta na declaração de quitação de dívida, posto que, além de impossível realizar a distinção a olho nu, não tinha a obrigação de averiguar se estavam corretos ou eram verídicos os dados constantes no documento, sendo que a ilegalidade, em verdade, consiste na falsificação da assinatura em si.

Da mesma forma, evidente que não há nexo de causalidade entre o reconhecimento de firma realizado e os prejuízos que o autor alega ter suportado, posto que não há exigência legal de que seja reconhecida em cartório a assinatura constante em declaração de quitação de dívida, sendo esta prescindível para os fins que pretendia o falsário. (...)” (f. 659-660)

Deste modo, diante da legislação vigente e as correntes jurisprudenciais existentes, as quais aguarda pacificação pela Corte Suprema, não resta caracterizado o ilícito civil.

Diante do exposto, peço vênia ao i. Relator Des. Alexandre Bastos, a fim de divergir e negar provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença.

Em sede de honorários recursais, majoro a condenação de 15% (quinze por cento) para 16% (dezesseis por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Julgamento suspenso para a convocação de novo membro para a técnica do art. 942 do CPC, após o relator e o 2º vogal darem parcial provimento ao recurso e o 1º vogal lhe negar.

VOTO (17/12/2018)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (3º vogal)

Trata-se de ação indenizatória promovida pelo autor-apelante contra Jorge Luiz da Silva e o Estado de Mato Grosso do Sul, na qual alega que teve prejuízos materiais e morais em decorrência de um documento – declaração de quitação de dívida – com firma indevidamente reconhecida, apresentado nos autos de ação de despejo proposta contra Ricardo Oliveira Carneiro, resultando na improcedência desta em primeiro grau, e, conseqüentemente, na revogação da liminar concedida.

Ressalta que, entre a revogação da liminar e o seu restabelecimento no segundo grau com o provimento do recurso de apelação, perdeu uma oportunidade de venda do imóvel, que posteriormente foi vendido por um valor muito menor.

Atribuiu a responsabilidade pelos danos sofridos ao primeiro requerido, tabelião que reconheceu a firma falsa, e ao Estado de Mato Grosso do Sul.

Requeru, ao final, o pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 1.000.000,00; indenização por lucros cessantes no valor de R\$ 658.400,00; indenização por danos materiais no valor de R\$ 90.000,00; e ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais de R\$ 10.000,00 (f. 01-24).

O Juiz *a quo* julgou improcedente os pedidos sob o fundamento de que:

“(...) não há nexo de causalidade entre o reconhecimento de firma realizado e os prejuízos que o autor alega ter suportado, posto que não há exigência legal de que seja reconhecida em cartório a assinatura constante em declaração de quitação de dívida, sendo esta prescindível para os fins que pretendia o falsário” (f. 660).

Ressaltou, ainda, que:

“(...) o primeiro requerido, Jorge, agiu dentro dos limites de sua profissão e não praticou qualquer ato ilícito ao reconhecer a firma aposta na declaração de quitação de dívida, posto que, além de impossível realizar a distinção a olho nu, não tinha a obrigação de averiguar se estavam corretos ou eram verídicos os dados constantes no documento, sendo que a ilegalidade, em verdade, consiste na falsificação da assinatura em si.” (f. 660).

O Rel. Des. Alexandre Bastos entendeu que *“é clara a conduta culposa do apelado (...) ao verificar a declaração de quitação do débito (documento falsificado f. 30) pode-se dizer pelo erro grosseiro no reconhecimento (...) evidente o ato ilícito, decorrente do reconhecimento da firma de documento falsificado”*, razão pela qual reconhece a responsabilidade objetiva dos apelados por danos morais ocorridos, fixados em R\$ 50.000,00. Assim, conheceu e deu parcial provimento ao recurso do autor.

O 1º vogal, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, abrindo divergência, entendeu que *“referida firma constante da declaração de quitação do débito não é perceptível de plano, mas como ressaltado dependeu de parecer técnico para corroborar sua falsidade”*. Por isso, conheceu e negou provimento ao recurso interposto, mantendo a sentença de improcedência dos pedidos.

O 2º vogal, Des. Vilson Bertelli, acompanhou o Relator, para conhecer e dar parcial provimento ao recurso.

Assim, o julgamento foi suspenso para aplicação da técnica do art. 942 do CPC/15.

A divergência cinge-se em se saber se o tabelião atuou com a devida cautela, não sendo possível aferir a falsificação da assinatura à olho nu, ou se o erro do tabelião foi grosseiro, devendo este ser responsabilizado pelos alegados prejuízos daí decorrentes.

Da detida análise dos autos concluo que de fato, o notário não se houve com o necessário rigor e com as devidas cautelas ao efetivar o aludido reconhecimento de firma.

Com efeito, se é verdade que, via de regra, os serviços notariais e de registros de títulos e documentos, não possuem recursos ou aparatos necessários para uma maior certificação quanto às assinaturas reconhecidas, não menos certo é que devem possuir em seus quadros de funcionários, pessoas com um mínimo de preparo, experiência e conhecimento na realização de tal serviço, o qual indubitavelmente encerra extrema importância em razão dos efeitos que enseja.

E no caso, como já afirmado, uma detida análise e comparação da respectiva documentação, qual seja, das assinaturas constantes do documento de identidade e do aludido recibo falso (f. 40), permite, à

olho nu, mesmo a uma pessoa sem profundos conhecimentos técnicos, constatar a existência de claras divergências, principalmente no nome do meio e no final, onde se constata que as letras referentes aos dois 'f' são bem diferentes, o que deveria ter ensejado dúvida razoável no tabelião, a ponto de despertar-lhe a atenção para a necessidade de adotar a devida cautela na efetivação da conferência, sob pena de colocar em risco a confiabilidade do respectivo serviço do cartório extrajudicial.

Como menciona o Des. Marcos José de Brito Rodrigues em seu voto, há no Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, norma (art. 593) que permite ao tabelião, havendo justo motivo, no reconhecimento de firma, exigir a presença do signatário ou a apresentação do documento de identificação, o que, entendo, seria o caso.

A par disso, a isenção de responsabilidade em casos tais, deve se dar com absoluto rigor, somente em casos excepcionais, sob pena de se colocar em risco a seriedade, eficácia e segurança de tal serviço, que encerra extrema relevância para os registros públicos.

Em suma, entendo que do cuidadoso confronto, na análise comparativa das aludidas assinaturas apostas no documento e no registro existente no cartório, era possível se constatar a existência de divergência, sobretudo partindo tal análise de um funcionário acostumado a efetivar este tipo de serviço.

Deste modo, acompanho o voto do Relator, Des. Alexandre Bastos, para dar parcial provimento ao recurso interposto por Felipe Espírito Santo Bustorff.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal que lhe negava provimento, tudo nos termos do art. 942, do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

2ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1401706-96.2018.8.12.0000 - Rio Verde de Mato Grosso****Relator Des. Alexandre Bastos**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C AÇÃO DE ALIMENTOS – PRELIMINAR DE COISA JULGADA AFASTADA – EXAME DE DNA REALIZADO SOMENTE COM IRMÃ GÊMEA – DIREITO DE RECONHECIMENTO À PATERNIDADE E ORIGEM BIOLÓGICA – DIREITO DA PERSONALIDADE QUE PREVALECE AO DIREITO DA PRIVACIDADE DO AGRAVANTE – VERDADE REAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Ocorre que não ficou comprovado, *indene* de dúvidas, que se tratam de gêmeas idênticas/univitelinas. Aliás, caso não forem, consoante sabido, há possibilidade de serem gêmeas com pais distintos, que pode ocorrer quando a mulher expõe dois ou mais óvulos do mesmo ovário (ou um de cada um) e tem mais de um parceiro no período, sendo que cada óvulo pode ser fecundado por um espermatozoide diferente (fenômeno chamado de superfecundação heteropaternal).

Outrossim, o próprio ofício utilizado para fundamentar a improcedência da ação anterior informa que nos casos judiciais, ainda que se trate de gêmeos idênticos, há recomendação de realização de coleta de todas as crianças e não só de uma, justamente para evitar o prolongamento de discussões como a presente, sendo que em meados de 2001 (quando realizado o primeiro exame) se fazia somente com um dos gêmeos tão somente em razão do alto custo do exame.

Além disso, deve ser feita uma ponderação entre o direito à privacidade do agravante em não realizar novo exame que considera desnecessário, e o direito da agravada de reconhecimento à paternidade e origem biológica. Tratando-se o segundo de direito da personalidade, de caráter absoluto, oponível a todas as pessoas, que integra o núcleo intangível e indisponível da qualificação jurídica da pessoa e que tem fundamento na própria dignidade da pessoa humana, deve prevalecer sobre o primeiro, no caso.

A decisão encontra-se fundamentada em entendimento do Supremo Tribunal Federal de que é possível a relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade em que não foram realizados exame de DNA.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de março de 2018.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por J. M. D. em face da decisão proferida às f. 285-289 nos autos da ação de investigação de paternidade c/c alimentos provisionais ajuizada em seu desfavor por A. C. dos A. (nº 0800619-04.2013.8.12.0042).

A decisão recorrida rejeitou os embargos, afastou a alegação de coisa julgada e determinou a realização de Exame de DNA.

Em suas razões recursais, aduz que a autora da ação é gêmea idêntica de A. C. dos A., sendo que esta já ajuizou ação de investigação de paternidade nos Autos 042.99.000114-0, no qual foi feito exame de DNA que retornou com o resultado de que o agravante não era pai da mesma.

Se não bastasse, posteriormente a agravada juntamente com a sua irmã gêmea, interpôs nova ação de Investigação de Paternidade (nº 0800442-11.2011.8.12.0042), julgada improcedente por considerar válido o Exame de DNA feito nos autos anteriores com uma das irmãs, já que se tratavam de gêmeas idênticas.

Por tais motivos, o agravante argumenta que já restou comprovado que não é pai da agravada, sendo que novo exame de DNA se mostraria desnecessário.

Pleiteia, ao final, pela concessão do efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, pela reforma da decisão atacada, com o indeferimento da realização de novo exame de DNA, julgando improcedente a demanda devido a coisa julgada material.

Em decisão de f. 317-320 foi indeferido o pedido de efeito suspensivo, sendo o recurso recebido apenas no efeito devolutivo.

Contraminuta às f. 322-332 pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por J. M. D. em face da decisão proferida às f. 285-289 nos autos da ação de investigação de paternidade c/c alimentos provisionais ajuizada em seu desfavor por A. C. dos A. (nº 0800619-04.2013.8.12.0042).

Do mérito

Pugna o agravante pela reforma da decisão atacada, com o indeferimento da realização de novo exame de DNA, julgando improcedente a demanda devido a coisa julgada material.

O recurso não merece prosperar, pelos motivos a seguir expostos.

Aduz o recorrente que a autora da ação de investigação de paternidade é gêmea idêntica de A. C. dos A., sendo que esta já ajuizou ação de investigação de paternidade nos Autos 042.99.000114-0, no qual foi feito exame de DNA que retornou com o resultado de que o agravante não era pai da mesma.

Afirma, ainda, que posteriormente a agravada, juntamente com a sua irmã gêmea (devidamente representadas), interpôs nova ação de investigação de paternidade (nº 0800442-11.2011.8.12.0042), julgada

improcedente por se considerar válido o exame de DNA feito nos autos anteriores com uma das irmãs, já que se tratavam de gêmeas idênticas.

Por tais motivos, o agravante argumenta que já restou comprovado que não é pai da agravada, sendo que novo exame de DNA se mostraria desnecessário.

Pois bem. Compulsando os autos nota-se que é incontroversa a realização de exame de DNA em meados de 2001 em sede da ação de Investigação de Paternidade nº 0000114-37.1999.8.12.0042, contudo, apesar da ação ter sido proposta por ambas, o exame foi realizado apenas com a irmã gêmea da agravada.

De outro vértice, nos Autos de nº 0800442-11.2011.8.12.0042, ação ajuizada pela ora agravada (devidamente representada, posto que menor à época), foi levantada a tese de Coisa julgada material em razão do exame realizado com a irmã gêmea da recorrida, sendo oficiado o Instituto de Perícias Científicas de Mato Grosso do Sul – IPC para expor as razões científicas que justificariam a coleta de material genético de apenas uma das irmãs àquela época.

Às f. 73-74 referido instituto respondeu esclarecendo que:

“2) no caso de gêmeos idênticos, ou seja, tem origem em uma gestação gemelar unizigótica, com o que tem a padronização gênica única, sugerimos que seja feito de um investigador somente em casos extrajudiciais, já nos casos judiciais recomendamos que seja feita a coleta de todas as Crianças, justamente para evitar futuras discussões nesse âmbito;

3) em 2001 era sugerido fazer de apenas um investigador, devido aos altos custos da época, por ser um caso extrajudicial e que, em geral, quando se trata de gêmeos têm-se essa descrição na certidão de nascimento. Hoje pela minorização dos custos desse exame temos aconselhado que sejam feito de ambas crianças, tanto par casos judiciais quanto para extrajudicial, mesmo sendo informado na certidão de nascimento como gêmeos idênticos. Contudo como as partes têm que arcar com os custos do exame, essa decisão tem um cunho econômico, principalmente nos casos extrajudiciais.”

Ao interpretar referido ofício, o d. magistrado na ação anterior entendeu por bem julgar improcedentes o pedido, sob o argumento de que o exame anterior afastaria com segurança a paternidade do ora agravante.

Ocorre que não ficou comprovado, *indene* de dúvidas, que se tratam de gêmeas idênticas/univitelinas.

Aliás, caso não forem, consoante sabido, há possibilidade de serem gêmeas com pais distintos, que pode ocorrer quando a mulher expõe dois ou mais óvulos do mesmo ovário (ou um de cada um) e tem mais de um parceiro no período, sendo que cada óvulo pode ser fecundado por um espermatozoide diferente (fenômeno chamado de superfecundação heteropaternal).

Outrossim, o próprio ofício utilizado para fundamentar a improcedência da ação anterior informa que nos casos judiciais, ainda que se trate de gêmeos idênticos, há recomendação de realização de coleta de todas as crianças e não só de uma, justamente para evitar o prolongamento de discussões como a presente, sendo que em meados de 2001 (quando realizado o primeiro exame) se fazia somente com um dos gêmeos tão somente em razão do alto custo do exame.

Além disso, deve ser feita uma ponderação entre o direito à privacidade do agravante em não realizar novo exame que considera desnecessário, e o direito da agravada de reconhecimento à paternidade e origem biológica.

Tratando-se o segundo de direito da personalidade, de caráter absoluto, oponível a todas as pessoas, que integra o núcleo intangível e indisponível da qualificação jurídica da pessoa e que tem fundamento na própria dignidade da pessoa humana, deve prevalecer sobre o primeiro, no caso.

Se não bastasse isso, a decisão encontra-se fundamentada em entendimento do Supremo Tribunal Federal de que é possível a relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade em que não foram realizados exame de DNA:

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA – RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA – TEMA OBJETO DE REPERCUSSÃO GERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que cabe a relativização da coisa julgada em se tratando de ação de investigação de paternidade em que não ocorreu realização de exame de DNA. 2. Agravo regimental, interposto em 25.08.2016, a que se nega provimento. (ARE 900521 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 28/10/2016, Acórdão Eletrônico DJe-242 Divulg 14-11-2016 Public 16-11-2016)

Aqui é feita uma interpretação analógica do referido entendimento, na medida em que, de fato, não houve até o momento, realização de exame de DNA entre o agravante e a agravada.

Por outro lado, deve-se salientar que o agravante de qualquer forma já é réu na ação de investigação de paternidade e já realizou um exame de DNA com relação a outra irmã, o que demonstra que já foi exposto de qualquer forma (afastando a alegação de constrangimento). Ademais, se a sua tese prosperar, o exame dará negativo de qualquer forma, evitando novas demandas e extinguindo a presente (que corre desde o ano de 2013).

Aliás, a parte não terá qualquer custo com a realização do exame, já que a agravada afirma que arcará com os mesmos (afastando a tese de que haveria dispêndio de dinheiro). Ou seja, não haverá outro prejuízo imediato na sua realização.

Sendo assim, uma vez sopesadas as circunstâncias do caso concreto, a importância dos direitos envolvidos e a necessidade de resolução satisfativa da demanda, aliado/amparado pelo entendimento do STF, deve ser mantida a decisão que afastou a preliminar de coisa julgada e determinou a realização de exame de DNA entre as partes, para confirmar ou afastar, de uma vez por todas, a filiação.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço do recurso para negar-lhe provimento, mantendo a decisão combatida por seus próprios e bem lançados fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 28 de março de 2018.

3ª Seção Cível**Mandado de Segurança nº 1405293-29.2018.8.12.0000****Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA – TEMPO PRESTADO COMO ESTAGIÁRIO DA OAB E POSTERIORMENTE NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA ANTES DA EC 20/98 – INDEPENDENTEMENTE DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – IMPOSSIBILIDADE DE CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO COMO ESTAGIÁRIO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL AUTORIZADORA NA LEI ORGÂNICA OU QUALQUER LEGISLAÇÃO NA ÉPOCA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – POSSIBILIDADE DE CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO COMO ADVOGADO – LEGISLAÇÃO PREVENDO EXPRESSAMENTE TAL POSSIBILIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO RECONHECIDO – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Não há dispositivo normativo algum aplicável ao caso que preveja a contagem de tempo de serviço prestado em estágio, pelo contrário, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não prevê, e a Lei Orgânica Estadual exclui tal possibilidade, que somente passou a ser possível a partir de 2008, com o advento da Lei nº 11.744, mediante contribuição facultativa.

A alteração no regime previdenciário concernente à proibição da contagem de tempo de contribuição fictício, introduzido no parágrafo 10 do artigo 40 da Constituição Federal, não pode alcançar fatos anteriores à sua vigência, em face do princípio *tempus regit actum*. Assim, se no momento da prestação dos serviços, antes da EC 20/98, o servidor era obrigado a comprovar apenas o seu efetivo exercício laborativo, independente do recolhimento das contribuições previdenciárias ao regime de previdência a que estava vinculado, não se pode desconsiderar esse direito, já incorporado ao patrimônio jurídico do servidor, na medida em que o impetrante possui direito líquido e certo à averbação, para fins de aposentadoria, nos termos da legislação vigente desde fevereiro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, conceder a segurança parcialmente, nos termos do voto do relator, vencido o 3º vogal.

Campo Grande, 17 de setembro de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Fernando Jorge Manvailer Esgaib, qualificado na petição inicial, impetrou o presente mandado de segurança em face do Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul e Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando, em síntese, o reconhecimento e respectiva averbação para fim de aposentadoria, do tempo de serviço prestado como estagiário e pelo efetivo exercício da profissão na advocacia privada, antes do seu ingresso na carreira ministerial, independentemente do recolhimento das contribuições ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que lhe foi negado em 26/04/2018, por meio da Decisão nº 551 no Processo Administrativo da Procuradoria-Geral de Justiça nº 10/0965/2018.

Alega que todos os interstícios pleiteados são anteriores a EC. 20/1998, e que, em época anterior à edição da emenda, a legislação admitia a averbação para fim de aposentadoria valendo-se do critério de efetivo o tempo de serviço e não tempo de contribuição. Aduz que só não recolheu os encargos previdenciários em razão da inexistência de exigência legal.

Sustenta ainda que atuou como estagiário e advogado, tendo sido tais funções averbadas em sua ficha de assentamento funcional. A par disso, aponta como ato coator, o indeferimento do requerimento administrativo consolidado nos autos PGJ/10/0965/2018 de averbação do tempo de serviço de estágio e de advocacia, independente do recolhimento de contribuição previdenciária antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, e existência de direito líquido e certo em ter averbado tempo de serviço de efetivo estágio e advocacia, independentemente de recolhimento de contribuição previdenciária, à luz do § 2º do art. 50 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (nº 8.625/93), diante do fato de que referido tempo de serviço ocorreu antes do advento da EC 20/1998.

Aduz que, computando-se os períodos de exercício da advocacia e da função de estagiário, em que esteve inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seções de São Paulo e Mato Grosso do Sul, o impetrante possui tempo de serviço de 28 de maio de 1991 até 31 de outubro de 1996 para ser reconhecido, os quais já estão averbados em sua ficha de assentamento funcional no Ministério Público, para fins de gratificação adicional por tempo de serviço.

Pleiteia, a cessação do ato ilegal da autoridade coatora, com a averbação em sua ficha funcional, para fim de aposentadoria e de disponibilidade, independentemente de inscrição e de recolhimento de contribuição ao INSS, do período especificado.

Notificadas, as autoridades apontadas como coatoras apresentaram informações as f. 109-110 e 111-134, alegando respectivamente, o Procurador-Geral de Justiça que não poderia deferir o pedido no âmbito administrativo, sob pena de violação ao princípio da legalidade, enquanto o Diretor-Presidente da AGEPREV/MS, suscita preliminares de inadequação da via eleita, uma vez que não existe legislação prevendo averbação de tempo de serviço sem contribuição, não havendo que se falar em ato ilegal, e de ilegitimidade passiva acarretadora da incompetência do juízo, sustentando que o presente *mandamus* deveria ter sido impetrado contra o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, e não contra a AGEPREV – Agência de Previdência do Estado de Mato Grosso do Sul, pois pretende o reconhecimento de tempo de serviço sob o regime geral de previdência quando não possuía qualquer vínculo com o regime próprio, sendo competente para expedir a certidão o INSS, sem a qual não há como requerer a compensação previdenciária, de maneira que o *mandamus* deveria ser impetrado contra a Autarquia Federal, cujo juízo competente é a Justiça Federal da 3ª Região.

No mérito, defende que pretensão deduzida não prospera, na medida em que a contagem recíproca do tempo de contribuição deve vir acompanhada, necessariamente, de compensação financeira entre os regimes previdenciários envolvidos, para que haja equilíbrio financeiro, sendo que o tempo de serviço, cuja averbação se pleiteia é ficto e, por isso, não pode ser considerado pelo regime próprio de previdência, para

fins de aposentadoria, bem como a impossibilidade de averbação de tempo de contribuição sem a respectiva certidão emitida pelo INSS.

Prequestiona os artigos 25, § 1º, 37, *caput*, 40, § 12, 195, § 5º, todos da Constituição.

O Estado de Mato Grosso do Sul requer sua inclusão no polo passivo como litisconsórcio necessário e apresentou informações as f. 176-195, alegando que não basta somente estar inscrito na OAB, desde a Lei nº 3.807/1960 (antiga Lei Orgânica da Previdência Social, art. 2º, I), exigia-se o recolhimento da contribuição previdenciária do profissional liberal na atividade privada, além da previsão do art. 12, IV, b, da Lei nº 8.212/91.

Igualmente, aduz que *“com relação à averbação de tempo de serviço como estagiário vinculado à OAB, para fins de aposentadoria, o TCU a considera ilegal, por se tratar de atividade remunerada sob a forma de bolsa e não de atividade laboral, objeto do ordenamento jurídico previdenciário. Esse entendimento encontra-se consolidado no Enunciado nº 251 da Súmula de Jurisprudência do TCU¹”*.

Afirma que:

“Não é por outro motivo que o antigo Estatuto da OAB, Lei nº 4215/63, em seu art. 73, determinava que a comprovação do efetivo exercício da advocacia, quando exigível para os efeitos desta Lei, far-se-á por documento de quitação dos impostos que incidem sobre a profissão, bem como por certidão da prática de atos privativos do advogado, dentre os mencionados no art. 71”; e, “Especificamente no caso do tempo de advocacia, não há como se aplicar o disposto no art. 231, § 1º da Lei Complementar nº 75/1993, para permitir a comprovação do tempo de advocacia exclusivamente por certidão da OAB, sem se ater ao regramento trazido pela Lei nº 3.807/1960, que já dispunha que o advogado (profissional liberal) está sujeito ao recolhimento da contribuição previdenciária”.

Conclui que a ordem deve ser denegada pelos seguintes motivos:

** Desde a Lei nº 3.807/1960 (antiga Lei Orgânica da Previdência Social), o advogado, como profissional liberal, sujeita-se ao recolhimento da contribuição previdenciária. Assim, ao exercer a advocacia e auferindo honorários, o advogado passa a ser segurado obrigatório da Previdência Social (art. 2º, I, da mencionada lei, art. 12, IV, b, da Lei nº 8212/91). O efetivo exercício da advocacia há de ser acompanhado, pois, de contribuição previdenciária, e, caso tal não ocorra, está-se diante de um crime de sonegação fiscal, que não pode ter qualquer amparo do Direito;*

** o documento hábil para a comprovação do tempo de advocacia, qualquer que seja a finalidade, é a certidão do INSS afirmando o recolhimento da obrigatória contribuição previdenciária, acompanhada de certidão da OAB atestando a regularidade do exercício da profissão;*

** o tempo de advocacia, previsto no § 1º do art. 231 da Lei Complementar nº 75/1993 não abrange o período no qual o estudante de Direito esteve inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil na condição de estagiário, entendimento este objeto da Súmula nº 251 do TCU;*

** no que se refere à necessidade de contribuição previdenciária, tendo em vista se tratar de tempo de advocacia privada, não se pode aplicar o disposto no art. 4º da EC nº 20/1998, o qual deve ser aplicado apenas quando se tratar de tempo de serviço público, e*

1 “É indevida a averbação de período como aluno monitor, estagiário e residente médico para fins de aposentadoria, eis que tais atividades são retribuídas mediante bolsa de estudos, sem relação empregatícia”.

** conforme entendimento firmado pelo Minº Luiz Fux, no STF, no caso específico do advogado que deixa de recolher as contribuições devidas, a averbação do tempo de advocacia seria contraditória, uma vez que se estaria assegurando a contagem de tempo que o próprio regime de origem (RGPS) não reconheceria e o tempo de advocacia não é tempo ficto. O advogado, enquanto profissional liberal, deve contribuir para a Previdência Social para se tornar segurado e fazer jus aos benefícios previdenciários.*

Remetido os autos do mandado de segurança ao Ministério Público, com fundamento no art. 12, da Lei nº 12.016/2009 (Lei no Mandado de Segurança), deixou de emitir parecer, por não vislumbrar na hipótese a presença de interesse público relevante, que justifique a sua intervenção (f. 228-234).

VOTO (17/09/2018)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fernando Jorge Manvailer Esgaib em face do Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul e Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando, em síntese, o reconhecimento e respectiva averbação para fim de aposentadoria, do tempo de serviço prestado como estagiário da OAB e advogado, entre 28/05/1991 até 31/10/1996, independentemente do recolhimento das contribuições ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, tendo em vista que a legislação admitia a averbação para fins de aposentadoria antes da Emenda Constitucional 20/98, quando inexistia tal exigência.

Sustenta ainda que atuou como estagiário e advogado, tendo sido tais funções averbadas em sua ficha de assentamento funcional, possuindo direito líquido e certo em ter averbado tais tempos de serviço, à luz do art. 50, § 2º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93).

Os requeridos, cada um a seu modo, afirmam ser impossível o pleito sem a necessária contribuição mesmo antes da EC 20/98, pois a antiga Lei Orgânica da Previdência (Lei nº 3.807/1960), bem como a Constituição da República (desde 1988), exigiam a contribuição do trabalhador autônomo mesmo antes da Emenda em referência.

Passo à análise das preliminares.

Da inadequação da via eleita

Tal preliminar confunde-se com o mérito, de maneira que com ele será apreciado, porque se respalda na alegação de que não existia legislação prevendo averbação de tempo de serviço sem contribuição, muito pelo contrário, havia legislação ordinária assim prevendo.

Da preliminar de ilegitimidade passiva

Alega, o Diretor-Presidente da Agência Estadual de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV, que a competência para o pleito seria da Justiça Federal uma vez que a ação deveria ter sido ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por ser a Autarquia Federal responsável pela emissão da certidão por tempo de contribuição do período apontado.

Ocorre que, considerando que o que se está decidindo é a possibilidade ou não da averbação de tempo de serviço prestado sem contribuição, de nada vale a certidão do INSS, pois esta visa cancelar os recolhimentos realizados.

De qualquer forma, a autoridade defende a legalidade da não averbação, o que induz ao reconhecimento da teoria da encampação, conforme uníssona orientação do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCURADOR FEDERAL – PROMOÇÃO NA CARREIRA – CRITÉRIO DE DESEMPATE – PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO 4.434/2002 – COMPATIBILIDADE COM A LEI 10.909/2004 – DECRETO 7.737/2012 – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO AFASTADA – DISPENSABILIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO – SEGURANÇA DENEGADA. 1. Havendo recurso administrativo, cabe à autoridade superior decidir a questão, inclusive com poderes para corrigir o ato praticado pela autoridade inferior, razão pela qual é aquela a competente para figurar no pólo passivo da impetração (AgRg no REsp 892.950/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 14/09/2009). 2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que aplicável a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar as informações, não se limita a alegar a sua ilegitimidade, mas defende a prática do ato impugnado. 3. Mostra-se dispensável a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os demais procuradores federais participantes do concurso de promoção na carreira, porquanto possuem mera expectativa de direito à promoção e eventual concessão da ordem não atingirá suas esferas jurídicas. 4. Não havia incompatibilidade entre a Lei 10.909/2004 e o parágrafo único do art. 3º do Decreto 4.434/2002, que trata de forma mais equânime o critério de desempate ao considerar mais antigo o procurador que tomou posse em primeiro lugar ou que foi mais bem classificado no mesmo concurso. 5. O Decreto 7.737/2012, que revogou o Decreto 4.434/2002, elevou como primeiro critério de desempate justamente o que dizia o parágrafo único do art. 3º do Decreto revogado. 6. Segurança denegada. (MS 15.114/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 08/09/2015)

Assim, em que pese a autoridade coatora não tenha responsabilidade pelo ato administrativo apontado como ilegal, o fato de defendê-lo faz com que seja considerada parte legítima para figurar no pólo passivo desta demanda, inclusive porque, com ou sem certidão, caberá a ela averbar o tempo de serviço, se for o caso, mesmo sem contribuição, o que passará a ser analisado.

Mérito

Pois bem, de acordo com o artigo 1º da Lei 12.016/2009, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, em caso de ilegalidade ou abuso de poder.

Acerca do tema leciona Hely Lopes Meirelles²:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Celso Antônio Bandeira de Mello³:

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-37

3 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, p. 813-814.

Considera-se “líquido e certo” o direito “independentemente de sua complexidade”, quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis “de plano”; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitadas pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo (art. 6º, parágrafo único, da Lei 1.533).

E ainda, Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino⁴:

Direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, de acordo com o direito, e sem incerteza, a respeito dos fatos narrados pelo impetrante. É o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

Se a existência do direito for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não será cabível o mandado de segurança. Esse direito incerto, indeterminado, poderá ser defendido por meio de outras ações judiciais, mas não na via especial e sumária do mandado de segurança.

A controvérsia cinge-se à possibilidade do impetrante, na qualidade de membro do Ministério Público, ter reconhecido e averbado o tempo de serviço prestado como estagiário e advogado, antes da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que tornou obrigatório o recolhimento das contribuições para o sistema previdenciário com a finalidade de contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria, resguardando, entretanto, as situações já consolidadas, conforme o art. 4º da Emenda:

Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Por sua vez, o art. 40, § 10, da Constituição, inserido pela mesma Emenda, assim o diz: “A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.

Tenho que a questão deve ser decidida separadamente.

Do tempo de serviço como estagiário da ordem dos advogados do Brasil

Observa-se que, embora o pedido do impetrante almeje o reconhecimento e averbação do tempo de serviço como estagiário e advogado a contar de 28/05/91 até 31/10/96, extrai-se da certidão de f. 62, que tal período não é linear como afirma o autor, pois laborou como estagiário de 28/05/91 até 27/05/93, e somente após, passados mais de um ano, é que ingressou provisoriamente nos quadros de advogados, ou seja, a partir de 29/06/93, e daí sim, até a data de 31/10/96.

Passo a analisar a possibilidade de se reconhecer esse período de dois anos.

Na época, a Lei nº 6.494/77, regulamentada pelo Decreto nº 87.494/82, dispunham sobre o estágio em prol de estudantes de ensino superior, profissionalizante, médio e supletivo. Em 2008 a Lei de 1977 foi revogada pela Lei nº 11.788, que atualmente é a que se encontra em vigor.

Somente a partir de 2008 é que passou a ser possível a contagem de tempo de serviço de estágio, desde que contribua facultativamente.

⁴ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo; **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 194.

Antes disso, somente seria possível, caso existisse lei específica prevendo tal contagem de tempo de estagiário da OAB como tempo de serviço para fins de aposentadoria, o que no presente caso não existe.

A Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) disciplina somente a possibilidade da contagem do tempo de exercício da advocacia para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, *in verbis*:

Art. 50. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, a membro do Ministério Público, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

(...)

§ 2º Computar-se-á, para efeito de aposentadoria, disponibilidade e adicionais por tempo de serviço, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos.

Igualmente, a Lei Complementar Estadual nº 72/94 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul), no art. 44, parágrafo único, dizia (e continua dizendo) à época (entre 1991/1993): “O estágio não confere ao estagiário vínculo empregatício com o Ministério Público”, além de não prever qualquer tempo de serviço no desempenho do estágio.

O Tribunal de Contas da União editou a Súmula 251, que veda tal pretensão nos seguintes termos:

É indevida a averbação de período como aluno monitor, estagiário e residente médico para fins de aposentadoria, eis que tais atividades são retribuídas mediante bolsa de estudos, sem relação empregatícia.

Destaco que os julgados em que se cita a possibilidade de reconhecimento do tempo de serviço como estagiário existem porque a lei do estado ou a lei da carreira o permitem, não sendo o caso em análise, em que a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) disciplina a possibilidade da contagem do tempo de exercício da advocacia para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, e não o tempo de exercício como estagiário, não existindo qualquer legislação, em sentido formal, que preveja a possibilidade de contagem de tempo de serviço como estagiário da Ordem dos Advogados do Brasil, como se de exercício da advocacia se tratasse.

Além do TCU, o CNJ também já se manifestou acerca da matéria:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO – AVERBAÇÃO DO TEMPO DE ESTÁGIO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS POR ISONOMIA – IMPOSSIBILIDADE.

Os Juízes que, anteriormente ao ingresso na Magistratura, ocuparam cargos nas carreiras na Defensoria Pública, no Ministério Público e na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, tiveram o tempo de estágio reconhecido como tempo de serviço para fins previdenciários em decorrência de previsão legal específica. Não é o caso dos demais magistrados, porquanto inexistente igual previsão normativa na Lei Orgânica da Magistratura.

Ao averbar o tempo de serviço dos magistrados oriundos de carreiras beneficiadas com a previsão legal, o Tribunal de Justiça não reconheceu direito originário, mas tão somente averbou direito previamente reconhecido nos órgãos de origem.

Não há falar em violação ao princípio da isonomia, porquanto a situação jurídica dos demais magistrados é distinta daqueles que, anteriormente, foram membros do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da Procuradoria-Geral do Estado. Ao contrário daqueles, inexistente fundamento normativo que dê suporte ao pedido de reconhecimento do período de estágio para fins previdenciários.

Recurso Administrativo a que se nega provimento. (CNJ, Procedimento de Controle Administrativo - 0005938-15.2014.2.00.0000, Relatora Conselheira Maria Cristina Peduzzi, 26 de abril de 2016)

Diante disso, desnecessárias maiores divagações, nego a segurança com relação ao pedido de reconhecimento como tempo de serviço do período desempenhado como estagiário da OAB, por ausência de direito líquido e certo.

Do tempo de serviço pelo exercício da advocacia

Por outro lado o tempo de serviço pelo efetivo exercício da profissão na advocacia privada, a partir de 29 de junho de 1993 até a data pleiteada, de 31 de outubro de 1996, é plenamente possível.

Com efeito, a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) disciplina expressamente a possibilidade da contagem do tempo de exercício da advocacia para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, *in verbis*:

Art. 50. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, a membro do Ministério Público, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

(...)

§ 2º Computar-se-á, para efeito de aposentadoria, disponibilidade e adicionais por tempo de serviço, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos.

É sabido que somente com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98, é que o sistema previdenciário tornou obrigatório o recolhimento das contribuições para fins de contagem de tempo de serviço.

Não obstante a mesma emenda ter introduzido a proibição da contagem de tempo de contribuição fictício, no art. 40, § 10, da Constituição, no regime previdenciário, é certo que tal disposição não pode alcançar fatos anteriores à sua vigência, em face do princípio *tempus regit actum*, o que significa dizer que a nova regra, geral e abstrata, não pode interferir nas normas individuais consolidadas na vigência do ordenamento anterior, sob pena de violação do direito adquirido do impetrante de averbar o tempo de serviço prestado, conforme previsto na Lei Orgânica de sua carreira desde fevereiro de 1993.

Ressalta-se que não se trata de direito adquirido a regime jurídico, mas à contagem do tempo de serviço, o qual se aperfeiçoa no momento em que o servidor desempenha a atividade. Ou seja, adquire não o direito à aposentadoria, mas o direito de ver aquele período computado como tempo de serviço, segundo as regras vigentes naquele momento.

Ou seja, se no momento da prestação dos serviços, antes da EC 20/98, o servidor era obrigado a comprovar apenas o seu efetivo exercício laborativo, independente do recolhimento das contribuições previdenciárias ao regime de previdência a que estava vinculado, não se pode simplesmente desconsiderar esse direito, já incorporado ao patrimônio jurídico do servidor, mesmo que o ato prévio da averbação para fins de aposentadoria ainda esteja sujeito à Corte de Contas, por se tratar de ato administrativo complexo, não traduzido em ato jurídico perfeito.

O que não se pode desconsiderar é a situação jurídica já consolidada sob a lei vigente à época dos fatos.

É evidente que a lei nova pode criar outros critérios para a aposentadoria, aumentando, por exemplo, o tempo mínimo de contribuição, mas não pode considerar inexistente direito adquirido, já incorporado ao patrimônio do autor, pois o tempo de serviço prestado restou protegido pela ordem jurídica vigente, tendo em vista a regra de transição disposta na própria Emenda Constitucional nº 20/98, que dispõe *in verbis*:

Art. 4º Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Sobre o tema, aliás, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CIVIL – CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO COMO ADVOGADO E ESTAGIÁRIO PARA FINS DE APOSENTADORIA E DISPONIBILIDADE NO CARGO DE PROCURADOR MUNICIPAL (...). REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 4º DA EC 20/1998 –POSSIBILIDADE. Admissão de que o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, seja contado como tempo de contribuição. (AI 727.410-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20-3-2012, Segunda Turma, DJE de 2-4-2012.)

Nesse mesmo sentido, também o Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO – TEMPO DE SERVIÇO – MAGISTRADA FEDERAL – ATIVIDADE DE SOLICITADORA ACADÊMICA – CONTRIBUIÇÃO – RECOLHIMENTO – DESNECESSIDADE – EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98.

- Admite-se o cômputo do tempo de serviço em favor de magistrados que exerceram antes da investidura a advocacia ou atuaram como solicitadores sem a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições exigidas pelo INSS para fins de averbação do referido tempo laboral.

- Com o advento da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, o sistema previdenciário tornou obrigatório o recolhimento das contribuições para fins de contagem de tempo de serviço, resguardando, entretanto, as situações já consolidadas.

- As alterações na Lei Previdenciária não podem retroagir para alcançar fatos anteriores a ela, em face do princípio do tempus regit actum.

Recurso Especial improvido. (RE nº 627.472 – RS (2003/0236489-3). Sexta Turma. Relator: Ministro Paulo Medina. Data da publicação: DJ 01/07/2004)

Assim, no que se refere à contagem do tempo de serviço anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, para fins de aposentadoria, diante dos princípios constitucionais da irretroatividade da lei, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88), o período conquistado antes da sua vigência será computado com base na legislação anterior.

Nesse contexto, cumpre destacar que existe igual disposição na Lei Complementar nº 35/79, então recepcionada pela Constituição Federal de 1988, disciplinou o regime de aposentadoria dos magistrados até a vigência da EC 20/98, dispondo em seu art. 77:

Art. 77. Computar-se-á, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos, em favor dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos membros dos demais Tribunais que tenham sido nomeados para lugares reservados a advogados, nos termos da Constituição Federal.

Assim, de acordo com o artigo acima citado (inicialmente direcionado aos juízes integrantes do quinto constitucional, e posteriormente aos juízes de carreira, conforme interpretação dada pelo STF), devem ser aproveitados os períodos fictos para cômputo da aposentadoria, vez que, até a publicação da Emenda, não havia vedação para a contagem de tempo de serviço fictício, e a integração desse tempo tinha amparo na lei vigente, na medida em que a legislação que trata da magistratura federal prevê a contagem do tempo de serviço na advocacia para fins de averbação e aposentadoria, apenas com a apresentação da certidão da OAB.

O mesmo raciocínio há de ser aplicado ao presente caso.

De igual sorte, inaplicável o disposto na Lei Estadual nº 3.150/05, porquanto as alterações do diploma legal regulamentador dos benefícios previdenciários, que impossibilitaram o cômputo do tempo de serviço independentemente do recolhimento de contribuições, não podem negar o direito adquirido dos segurados que à época foram isentados, em respeito ao princípio do *tempus regit actum*.

Conclui-se, pois, que, antes da vigência da EC nº 20/98, a Lei Nacional do Ministério Público, além de autorizar a contagem do tempo de atuação na advocacia privada para fins de aposentadoria, não exigia a comprovação do recolhimento de contribuição previdenciária.

Dessa forma, verifica-se que a certidão de tempo de contribuição expedida pelo INSS somente pode ser exigida para eventos ocorridos a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, devendo ser respeitados o direito adquirido e o princípio da irretroatividade da lei.

Isto porque, ratificando o já dito, a despeito de a Emenda Constitucional 20/98 e a Lei Estadual nº 3.150/05 terem tornado obrigatório no sistema previdenciário o recolhimento das contribuições para fins de contagem de tempo de serviço, o pleito objeto deste *mandamus* limita-se a assegurar situação já consolidada antes de sua entrada em vigor, seja porque a legislação do Ministério Público prevê como tempo de serviço, para fins de averbação e aposentadoria, o exercício da advocacia, seja porque à época em que os impetrantes a exerceram a contribuição à Previdência Social não era obrigatória.

E que não destoa de precedentes de outros Tribunais pátrios:

MANDADO DE SEGURANÇA – MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – APOSENTADORIA – ADVOCACIA EXERCIDA EM PERÍODO ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 – EXIGÊNCIA DA CORRESPONDENTE CERTIDÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INSS) FEITA PELA CORTE DE CONTAS DO ESTADO – DESNECESSIDADE – INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL INAPLICÁVEL A PERÍODO LABORAL ANTERIOR EM QUE SE EXIGIA APENAS TEMPO DE SERVIÇO – ORDEM CONCEDIDA. Se o exercício da advocacia, pelo litisconsorte ativo, ocorreu antes da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, que passou a exigir tempo de contribuição à previdência social (quando antes exigia-se apenas tempo de serviço), aquele período, para efeito de aposentadoria, já estava consolidado no seu patrimônio jurídico-pessoal, dado cuidar-se de ato jurídico perfeito e de direito adquirido, imunes a alteração legislativa por expressa dicção do art. 5º, inc. XXXVI, da Carta Magna da República, sendo, por isso, como írrita a exigência, por parte da Corte de Contas do Estado, de apresentação de certidão

comprobatória da contribuição previdenciária correspondente a tal período. (TJSC, MS nº 2010.015961-0, Rel: Des. João Henrique Blasi, Grupo de Câmaras de Direito Público, Julgado em: 14/03/2012) Destaquei.

DIREITO ADMINISTRATIVO MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ DO REGISTRO DA APOSENTADORIA DA IMPETRANTE MAGISTRADA ESTADUAL INCORPORAÇÃO DO TEMPO TRABALHADO COMO ADVOGADA DESNECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS À ÉPOCA IRRETROATIVIDADE DA NORMA PARA ATINGIR ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO EXEGESE DO ART. 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 QUE ACOLHEU O TEMPO DE SERVIÇO COMO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO SEGURANÇA CONCEDIDA. As alterações do diploma legal regulamentador dos benefícios previdenciários, que impossibilitaram a contagem do tempo no exercício da atividade de advogado sem as devidas contribuições, não podem negar o direito adquirido dos segurados que à época foram isentados, em respeito ao princípio do tempus regit actum, que acrescentou ao patrimônio jurídico da impetrante o direito ao compute do tempo em que exerceu atividade de advogada (limitado em 15 anos), como, aliás, faz referência expressa o art. 4º da EC nº 20/98. (TJPR, Processo nº 609081-3, Rel: Des. Paulo Roberto Vasconcelos, Julgado em: 18/02/2011) Destaquei.

MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – MÉRITO – PROMOTOR DE JUSTIÇA ESTADUAL – RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO COMO ADVOGADO PARA FINS DE APOSENTADORIA – PERÍODO ANTERIOR A EC 20 – INEXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO À ÉPOCA – ORDEM CONCEDIDA.

Não há ilegitimidade passiva da autoridade impetrada após esta ter contestado o mérito do mandamus, em observância à teoria da encampação.

O reconhecimento do tempo de serviço na atividade de advogado privado desempenhada antes da EC 20/98 independe de contribuição previdenciária.

Segurança concedida. (TJMS. 2ª Seção Cível. Mandado de Segurança nº 1407869-34.2014.8.12.0000 - Tribunal de Justiça. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. J. 08/09/2014).

Na mesma linha argumentativa, o Tribunal de Contas da União, conforme julgamento levado a efeito nos Autos do Processo nº 001.068/2011-3 (DOU 06/12/2011), que ora transcrevo, parcialmente:

(...)

4. Cabe destacar que o art. 4º dessa Emenda diz, expressamente, que o tempo de serviço prestado antes de sua promulgação, e que era admitido pela legislação vigente para fins de aposentadoria, passaria a ser considerado como tempo de contribuição.

5. Esse dispositivo já foi objeto de consulta a esta Corte de Contas, conforme aponta o MP/TCU em se parecer; tendo sido respondido à Câmara dos Deputados, então presidida pelo Deputado Federal Michel Temer, que ‘os demais tempos fictos também poderão ser utilizados para efeito de aposentadoria, desde que tenham sido incorporados ao patrimônio do servidor até 16/12/1998, segundo a legislação vigente à época, entendimento que se extrai do retrocitado art. 4º da Emenda Constitucional nº 10/1998’ (Decisão nº 748/2000-TCU-Plenário).

6. A partir de 16/12/1998, foi adotado em nosso País o regime de previdência de caráter contributivo, com a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, nos termos da nova redação dada ao art. 40 da Constituição Federal, havendo, desde então, exigência de que as aposentadorias tenham por base tempo de contribuição, não só o tempo de serviço.

7. Em consonância com a análise empreendida pela Procuradoria, inexistia regulamento que viabilizasse o recolhimento de contribuição para o plano de seguridade social relativamente a afastamento anterior à EC 20/1998. Inaplicáveis, portanto, as disposições do art. 94, § 1º, da Lei nº 8.112/90, contrariamente ao que defendeu a unidade técnica na instrução do presente processo.

8. Ante a possibilidade de se computar, para efeito de aposentadoria, o tempo de afastamento para o exercício de mandato eletivo cumprido até a edição da EC nº 20/1998, independentemente de contribuição, concordo com o parecer do Ministério Público no sentido de que o servidor Antônio Jorge Godinho cumpriu os requisitos para se aposentar com fundamento no art. 3º da EC nº 47/2005, podendo o seu ato de concessão ser considerado legal e registrado pelo Tribunal.

Portanto, tendo o impetrante apresentado certidões emitidas pela OAB e documentos que informam os processos judiciais nos quais atuou como advogado (f. 32-37), possui direito líquido e certo à averbação pretendida, nos termos da legislação vigente à época da prestação de serviço, por força do princípio da legalidade que obriga a Administração Pública.

Assim sendo, tenho que cabe a segurança pleiteada somente com relação ao tempo de exercício da advocacia, porquanto ilegal o ato administrativo de indeferimento do pedido de averbação do tempo de serviço prestado na advocacia privada em período anterior à vigência da EC 19/98, independente de recolhimento de contribuição previdenciária.

Ante o exposto, afasto as preliminares suscitadas pelo Diretor-Presidente da Agência Estadual de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV e, no mérito, concedo parcialmente a ordem pleiteada por Fernando Jorge Manvailer Esgaib, reconhecendo o direito de ser contado o tempo de exercício na advocacia privada como tempo de serviço para fins de aposentadoria e disponibilidade, independentemente de contribuição ou de apresentação de certidão emitida pelo INSS, e consequentemente o direito à averbação desse período, correspondente a 23 de junho de 1993 até 31 de outubro de 1996, com as anotações necessárias no regime próprio de previdência social da sua atual carreira.

Em razão da parcial procedência, julgo extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC/2015.

Sem honorários advocatícios, porque indevidos nos termos das Súmulas 105 do STJ, 512 do STF e do art. 25 da Lei 12.016/2009.

Na forma do artigo 13 da Lei nº 12.016/2009, encaminhem-se cópias do presente acórdão às autoridades indicadas como coatoras e à Procuradoria-Geral do Estado.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (3º Vogal)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Fernando Jorge Manvailer Esgaib, de nº 1405293-29.2018.8.12.0000 contra ato do Procurador(a)-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul e Estado de Mato Grosso do Sul.

Pretende o impetrante o reconhecimento e respectiva averbação para fim de aposentadoria, do tempo de serviço prestado como estagiário da OAB e advogado, entre 28/05/1991 até 31/10/1996, independentemente do recolhimento das contribuições ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, tendo em vista que a legislação admitia a averbação para fins de aposentadoria antes da Emenda Constitucional 20/98, quando inexistia tal exigência.

Quanto ao período de estágio é certo afirmar que “o vínculo contratual estabelecido para fins de estágio, cujo interesse é o aprendizado do bolsista, não se confunde com a atividade empregatícia, cuja finalidade é a exploração da mão de obra. Impossibilidade de averbação do tempo de serviço prestado como bolsista/estagiário para fins de aposentadoria. Diversidade de natureza dos vínculos contratuais estabelecidos no estágio e na atividade empregatícia.” (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1055442/CE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 02/04/2013, DJe 15/04/2013). Logo, não há meios de prevalecer a sua concessão.

De outro vértice, quanto ao período como advogado sem recolhimento, cumpre observar que a única exceção de averbação de tempo de serviço ficto, portanto, sem recolhimento, era da pessoa oriunda da advocacia que poderia averbar até 15 (quinze) anos de serviço sem comprovação deste recolhimento.

Inclusive a norma que instituiu a reciprocidade, em que o tempo de serviço prestado na iniciativa privada para ser averbada no serviço público ele deveria ser contado, na proporção de um para um, é anterior ao período pleiteado e determina o recolhimento da parte previdenciária para efeitos de averbação.

Nessa senda, o dispositivo no art. 94 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios), o qual contempla a averbação mediante recolhimento:

Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente. (Redação original válida até 1997)

Portanto, entre o anos de 1991, com a edição da lei, até 1997, com a alteração do dispositivo, já se fazia necessário o recolhimento para aplicação da reciprocidade, período compreendido na peça inicial, carecendo o autor do direito pleiteado, pois tal benesse tanto a Constituição como a norma veda há muito, e a única exceção era do advogado, razão pela qual estou denegando a segurança diante da ausência de contribuição tanto para o período como advogado como de estágio sem.

Diante do exposto, peço vênia o i. Relator, para denegar a ordem.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a segurança parcialmente, nos termos do voto do relator, vencido o 3º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 17 de setembro de 2018.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0009371-76.2008.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE A PREFEITOS – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ E STF – ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO PELO BENEFICIÁRIO – ART. 23, I, DA LIA – TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO – EXTINÇÃO DO EXERCÍCIO DO ÚLTIMO MANDATO – PRECEDENTES DO STJ – PRESCRIÇÃO AFASTADA – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – DESNECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE DOLO PARA AS PENAS DECORRENTES DO PREJUÍZO AO ERÁRIO – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS – MATÉRIA DE DIREITO – DOAÇÃO MASCARADA DE AFORAMENTO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA – DESAPROPRIAÇÃO PROMOVIDA PELO ESTADO – OCULTAÇÃO DA SUPOSTA ENFITEUSE – INDENIZAÇÃO QUE SERIA DESTINADA TOTALMENTE AO MUNICÍPIO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – DÍVIDA TRANSMISSÍVEL AOS HERDEIROS, PROPORCIONALMENTE À HERANÇA DE CADA UM – EXTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES DE NATUREZA PESSOAIS CONTRA O REQUERIDO FALECIDO – PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS SANÇÕES – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967, os prefeitos e vereadores também se submetem aos ditames da Lei 8.429/1992, que censura a prática de improbidade administrativa e comina sanções civis. Precedentes do STJ.

O termo inicial da prescrição para propositura da ação por improbidade administrativa em relação ao particular que se beneficia de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude, ou seja, o início da contagem do prazo prescricional à cessação do vínculo temporário do agente ímprobo com a Administração Pública, conforme art. 23, I, da Lei nº 8.429/92.

Nos termos o art. 5º da LIA: “*Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano*”. Portanto, para configurar ato ímprobo que causa prejuízo ao erário, desnecessária a existência de dolo.

Princípios violados. Matéria de mérito que independe de prova testemunhal, uma vez constatada documentalmente, a ocultação do suposto aforamento enquanto tramitava administrativamente processo de desapropriação na Secretaria de Estado de Infra-Estrutura de área de domínio do Município de Ladário/MS, de maneira que, se não efetuado o “veloz” procedimento de aforamento, que na verdade se tratou de uma mal sucedida doação, o município teria recebido integralmente o valor da indenização objeto da desapropriação.

“*As sanções de natureza pecuniária prevista na Lei de Improbidade Administrativa, especificamente a multa civil e o ressarcimento ao erário, são transferidas aos herdeiros nos limites da herança, nos termos do art. 8º da Lei 8.429/92*”. (REsp 951.389/SC, 1ª Seção, Rel. Minº Herman Benjamin, DJe de 4.5.2011)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de outubro de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

José Francisco Mendes Sampaio, sucedido por seu Espólio, e Hugo Sabatel Filho interpõem recurso de apelação contra a sentença de f. 620-633, proferida pelo Juízo de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público nestes autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, condenando os requeridos/apelantes solidariamente ao ressarcimento ao erário público, no valor de R\$ 325.978,89 (novecentos e vinte e cinco mil, novecentos e setenta e oito reais e oitenta e nove centavos), corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido de juros legais, a partir da data em que foi efetuado o pagamento da desapropriação; suspensão dos direitos políticos pelo período de 05 (cinco) anos; pagamento de multa civil correspondente ao valor do dano, que, por sua vez, equivale ao valor da desapropriação, corrigido pelo índice IGPM/FGV a contar do trânsito em julgado; e, proibição dos réus de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos, e por fim, ao pagamento das custas.

O apelante José Francisco Mendes Sampaio, em suas razões recursais (f. 638-647, alega preliminarmente que os agentes políticos, no caso Prefeitos, não estão sujeitos à aplicação da Lei de Improbidade, e no mérito que: A) baseando-se somente em prova documental a sentença concluiu que houve dolo, sem produção de prova testemunhal alguma e/ou depoimento pessoal dos réus, com julgamento antecipado da lide; B) que não houve lesão ao erário, uma vez que foram obedecidos os princípios da publicidade e da legalidade; C) que foi dado em aforamento terra não cultivada, na área rural do município, atendendo o espírito do instituto (enfiteuse – artigos 678 a 694 do Código Civil de 1916), para membro da família que utilizava a terra há mais de 40 (quarenta) anos; D) se há vício na doação, aforamento, ou qualquer instituto jurídico que tenha sido usado, não pode o erro do cartório de registro de imóveis ser imputável ao apelante, para concluir-se pela improbidade, dolo e lesão ao erário; E) que não havia previsão legal na Lei Orgânica do Município de Ladário/MS, de exigência de aprovação legislativa para a realização de aforamento; F) o aforamento era previsto no ordenamento (CC/1916), houve ampla divulgação em jornal, por meio de processo administrativo, e parecer jurídico favorável; G) que para caracterizar ato de improbidade administrativa, necessária a existência de má-fé, que não se presume, e dolo do agente, que não foram provados, lembrando que a desapropriação do imóvel foi judicial; e, H) que deve haver proporcionalidade na aplicação das sanções.

Requer que o recurso seja conhecido para acatar a preliminar, ou, igualmente, no mérito, desprovido por ausência de má-fé, e dano.

O apelante Hugo Sabatel Filho, em suas razões de apelação (f. 652-672), alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, por ausência de oitiva de testemunhas, e ausência de provas de sua má-fé para

caracterizar improbidade, bem como prescrição, porque contada da data do suposto ato ímprobo (11/12/2001 – data da concessão da certidão de aforamento), por não ser agente político.

Alega que o valor ofertado ao bem já trazia em seu bojo o título de aforamento com desconto de 40% da área total para ser doado, como de fato foi, ao Município de Ladário.

Requer a extinção das condenações de suspensão de direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público, em razão da prescrição.

Informa que a posse sobre a terra era de mais de 40 anos (idos de 1954), antes da emancipação político-administrativa do município, reconhecida na Ação de Manutenção de Posse nº 008.00.1952-4, e que o aforamento era forma legal e comum do Poder Público Municipal legalizar as terras ocupadas pelos administrados, sendo que inúmeros títulos de propriedade de terras foram concedidos por aforamento, sem contestação do Ministério Público, e que poderia ter sido provado por oitiva de testemunhas, prova que lhe foi negada, pois o juízo julgou a lide antecipadamente.

Argumenta que o processo de desapropriação passou pelo crivo do Poder Judiciário por meio dos Autos 008.02.6650-01, que contou, inclusive, com intervenção ministerial (f. 238), de maneira que recebeu denúncia em 07/06/2002, instaurou inquérito civil em 05/09/2002 e atestou a legalidade da desapropriação em 21/10/2002, vindo seis anos depois, em 16/12/2008, propor a presente ação.

Requer a extinção das condenações de suspensão dos direitos políticos, pagamento da multa e proibição de contratar com o Poder Público, em razão da prescrição, e o conhecimento e desprovimento do recurso por ausência de prova do dolo.

Em contrarrazões (f. 680-704), o autor/apelado pugnou pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina (f. 709-732) pelo conhecimento e desprovimento dos recursos, mantendo-se *in totum* a sentença proferida.

Após suspensão para regularização da sucessão do Espólio, e sua devida representação processual, vieram para julgamento.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de duas apelações interpostas pelos requeridos, condenados em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, contra sentença de f. 620-633, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando-os pela prática de ato doloso de improbidade administrativa, com fundamento nos artigos 10, inciso I e 11, *caput*, c/c 12, incisos II e III, da Lei nº 8.492/92, aplicando-lhes as seguintes sanções:

Condenação solidária de reparação ao erário do Município de Ladário/MS, do valor de R\$ 325.978,89, corrigido pelo IGPM e acrescido de juros legais a partir da data em que foi efetuado o pagamento em decorrência da desapropriação;

Suspensão dos direitos políticos pelo período de 05 (cinco) anos;

Pagamento de multa civil correspondente ao valor do dano, que, por sua vez, equivale ao valor da desapropriação, corrigido pelo índice IGPM a contar do trânsito em julgado;

Proibição de contratar com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos.

Em síntese, o apelante José Francisco Mendes Sampaio, sucedido por seu espólio, foi Prefeito do Município de Ladário/MS, no período de 2001-2004, e Hugo Sabatel Filho, teria sido o beneficiário do ato ímprobo.

O Ministério Público Estadual, pela 5ª Promotoria de Justiça de Corumbá, recebeu denúncia de que o Prefeito do Município de Ladário/MS, teria efetuado doação de imóvel público a terceiro particular, sem observância dos trâmites legais e com desrespeito aos princípios que regem a Administração Pública, ajuizando a presente Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa c.c. Ressarcimento de Danos causados ao erário, aduzindo que: a) José Francisco Mendes Sampaio, como Prefeito Municipal à época dos fatos, teria transferido o imóvel denominado Chácara Terra Vermelha ao segundo requerido, por doação mascarada de um suposto aforamento, procedimento pelo qual estaria regularizando situação fática, em razão da família daquele deter a posse da área há mais de 40 anos, violando os princípios da moralidade, publicidade e legalidade; b) Hugo Sabatel Filho, agindo com o primeiro réu, teria recebido o imóvel e auferido enriquecimento ilícito, com prevalência do interesse privado sobre o interesse público, uma vez que 6 meses depois, o imóvel foi dele desapropriado, mediante o pagamento de indenização no valor de R\$ 325.978,90; e, c) Heitor Patrocínio Lopes, que por decisão já transitada em julgado anteriormente, foi excluído da ação por reconhecimento de ilegitimidade passiva.

Das razões de apelação de José Francisco Mendes Sampaio

O apelante José Francisco Mendes Sampaio, em suas razões recursais (f. 638-647, alega que: a) baseando-se somente em prova documental a sentença concluiu que houve dolo, sem produção de prova testemunhal alguma e/ou depoimento pessoal dos réus, com julgamento antecipado da lide; b) que não houve lesão ao erário, uma vez que foram obedecidos os princípios da publicidade e da legalidade; c) que foi dado em aforamento terra não cultivada, na área rural do município, atendendo o espírito do instituto (enfiteuse – artigos 678 a 694 do Código Civil de 1916), para membro da família que utilizava a terra há mais de 40 (quarenta) anos; d) se há vício na doação, aforamento, ou qualquer instituto jurídico que tenha sido usado, não pode o erro do Cartório de Registro de Imóveis ser imputável ao apelante, para concluir-se pela improbidade, dolo e lesão ao erário; e) que não havia previsão legal na Lei Orgânica do Município de Ladário/MS, de exigência de aprovação legislativa para a realização de aforamento; f) o aforamento era previsto no ordenamento (CC/1916), houve ampla divulgação em jornal, por meio de Processo Administrativo, e parecer jurídico favorável; g) que para caracterizar ato de improbidade administrativa, necessária a existência de má-fé, que não se presume, e dolo do agente, que não foram provados, lembrando que a desapropriação do imóvel foi judicial; e, h) que deve haver proporcionalidade na aplicação das sanções.

Requer que o recurso seja conhecido para acatar a preliminar, ou, igualmente, no mérito, desprovido por ausência de má-fé, e dano.

Da aplicação da lei de improbidade aos prefeitos

Inicialmente, já é questão superada nos autos, a alegada inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a Prefeito, conforme decidido no acórdão de f. 510-527, ao julgar recurso de apelação do apelante que foi Prefeito, José Francisco Mendes Sampaio, hoje espólio, e nessa parte recebeu a inicial da ação:

A petição inicial deve ser recebida em desfavor do então Prefeito Municipal de Ladário, Sr. José Francisco Mendes Sampaio, porquanto, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei nº 201, de 27.2.1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, estes agentes políticos também se submetem

aos ditames da Lei nº 8.429, de 2.6.1992, conforme a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos seguintes julgados:

(...)

De fato, a Lei nº 8.429/92, em seu art. 2º, é expressa ao dispor que “*reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior*”.

O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que a Lei 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos:

Nesse sentido:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA. LIA – APLICABILIDADE A AGENTES POLÍTICOS – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE ATO ÍMPROBO – IN DUBIO PRO SOCIETATE. (...) 3. **O STJ firmou entendimento de que os agentes políticos se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967.** Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.216.168/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4/10/2013; AgInt no AREsp 926.632/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/11/2016; AgRg no AREsp 719.390/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/9/2016; AgRg no AREsp 426.418/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/3/2014; e AgRg no REsp 1181291/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/11/2013. (...). (AgInt no AREsp 804.074/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017) - destacamos*

No Supremo Tribunal Federal, embora a questão esteja sujeita a Repercussão Geral pelo RE 976/566/PA, correspondente ao Tema nº 576, convém ressaltar que o ajuizamento de ações civis públicas em face de agentes políticos com fundamento na Lei nº 8.429/92 é plenamente admissível, citando-se para exemplificar, o seguinte trecho da ementa do AI nº 653.882/SPAgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/8/08:

(...) Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. Precedentes (...).

Portanto, é plenamente aplicável, assim, aos agentes políticos, as disposições moralizantes da Lei de Improbidade Administrativa.

Das razões de apelação de Hugo Sabatel Filho

O apelante Hugo Sabatel Filho, em suas razões de apelação (f. 652-672), alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, por ausência de oitiva de testemunhas, e ausência de provas de sua má-fé para caracterizar improbidade, bem como prescrição, porque contada da data do suposto ato ímprobo (11/12/2001 – data da concessão da certidão de aforamento), por não ser agente político.

Alega que o valor ofertado ao bem já trazia em seu bojo o título de aforamento com desconto de 40% da área total para ser doado, como de fato foi, ao Município de Ladário.

Requer a extinção das condenações de suspensão de direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público, em razão da prescrição.

Informa que a posse sobre a terra era de mais de 40 anos (idos de 1954), antes da emancipação político-administrativa do município, reconhecida na Ação de Manutenção de Posse nº 008.00.1952-4, e que o aforamento era forma legal e comum do Poder Público Municipal legalizar as terras ocupadas pelos administrados, sendo que inúmeros títulos de propriedade de terras foram concedidos por aforamento, sem contestação do Ministério Público, e que poderia ter sido provado por oitiva de testemunhas, prova que lhe foi negada, pois o juízo julgou a lide antecipadamente.

Argumenta que o processo de desapropriação passou pelo crivo do Poder Judiciário por meio dos autos 008.02.6650-01, que contou, inclusive, com intervenção ministerial (f. 238), de maneira que recebeu denúncia em 07/06/2002, instaurou Inquérito Civil em 05/09/2002 e atestou a legalidade da desapropriação em 21/10/2002, vindo seis anos depois, em 16/12/2008, propor a presente ação.

Requer a extinção das condenações de suspensão dos direitos políticos, pagamento da multa e proibição de contratar com o Poder Público, em razão da prescrição, e o conhecimento e desprovisionamento do recurso por ausência de prova do dolo.

Preliminar de prescrição

A preliminar de prescrição suscitada pelo apelante Hugo Sabatel Filho também deve ser afastada.

Ocorre que a jurisprudência não faz distinção entre o agente político e beneficiário quanto ao termo inicial para contagem de prazo prescricional para punição de atos tidos por ímprobos.

Se o ato ímprobo for imputado a terceiro, pessoa jurídica ou natural, estranho ao serviço público, o prazo prescricional para a propositura da ação destinada a levar a efeitos as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa é, em princípio, o mesmo aplicável ao servidor público ou agente político envolvido, porquanto se supõe que não haveria como o ilícito ocorrer sem o seu concurso ou na condição de beneficiário de seus atos (STJ REsp 704.323).

Há que se atentar, que o prazo prescricional para as ações de improbidade administrativa é, em regra, de cinco anos, cujo marco do *dies a quo* é a data final do exercício do mandato eletivo do agente político acionado judicialmente, *ex vi* do art. 23, I, da Lei 8.429/92.

A única exigência quanto a isso é a presença obrigatória do agente político no polo passivo da ação, ou seja, não seria possível o ajuizamento da presente ação somente em face do beneficiário.

De maneira que a tentativa de se esquivar do processamento da ação sob tal argumento é infundada.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PARTICULAR BENEFICIÁRIO DO ATO ÍMPROBO – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – SIMETRIA COM PRAZO DO AGENTE PÚBLICO – PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior entende que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares que se beneficiam de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude, a teor do disposto no art. 23, I e II, da Lei nº 8.429/92. Precedentes. 2. Ademais, ainda que a título de obiter dictum, cumpre reafirmar que esta

Corte alberga o entendimento de imprescritibilidade da pretensão de condenação por dano ao erário e o respectivo ressarcimento, formulada em ação civil pública, ante o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição da República. Recurso especial improvido. (STJ, Recurso Especial nº 1.433.552 – SP, Relator: Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Data de julgamento 25/11/2014, DJe 05/12/2014) - destacamos

A questão sequer merece delongas, não estando prescrita a pretensão para o ajuizamento da ação.

Do cerceamento de defesa

Tal preliminar também não prospera, pois para a solução do caso não importa que a família do requerido/apelante Hugo Sabatel Filho tenha a posse do imóvel desde 1954 (parte da posse adquirida de Epifânio Waldevino da Silva) e 1968 (parte da posse adquirida de Jorge Paim Filho), uma vez que, em se tratando de terras públicas, que pertenciam ao Município de Ladário/MS, não são suscetíveis a usucapião, de maneira que poderiam deter a posse pelo tempo que fosse, nunca seriam proprietários dela, com fundamento nos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição da República, seja imóvel urbano ou rural, respectivamente, e Súmula 340 do STF¹.

E ainda que o município pudesse, sob a vigência do Código Civil de 1916², dar a área em aforamento (sinônimo de enfiteuse ou emprazamento), cuja natureza jurídica é de direito real, e portanto deveria constar na matrícula do imóvel, mas não constou.

Ademais, atos ímprobos que causam prejuízo ao erário, podem decorrer de culpa, não exigindo o dolo, como afirma o requerido apelante, de maneira que a questão é de direito e cinge-se ao fato de que, se o requerido/apelante era foreiro, detentor do domínio útil, mas não detentor da propriedade, na medida em que esta continua sendo do município, o valor da indenização decorrente da desapropriação deveria ser paga para quem.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – ATOS LESIVOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL – ELEMENTO SUBJETIVO – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. (...) 2. No tocante à controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta do agente, reitero que a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa, nas do artigo 10 (EResp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/09/2010). (...). (STJ, AgInt no REsp 1157812 / RJ, Relator(a) Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, Data do Julgamento 27/02/2018, DJe 09/03/2018) - destacamos

Igualmente, a violação aos princípios da administração pública não necessitam de produção de prova testemunhal, uma vez que a prova documental já a evidencia.

Portanto, desnecessária a produção de prova testemunhal como queria o requerido.

Mérito

¹ Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

² Pois o instituto foi extinto no Código Civil de 2002.

Consta dos autos que Hugo Sabatel Filho, afirmando que sua família é possuidora da área há mais de 47 anos, protocolou requerimento para regularizar a situação fática, levando o município a instaurar procedimento de aforamento, culminando com a expedição de título definitivo, mediante fixação do foro ou laudêmio.

O que levantou a suspeita de improbidade foi o fato de cerca de seis meses após esse ato a mesma área em questão ter sido desapropriada pelo Governo do Estado, gerando indenização ao foreiro Hugo Sabatel Filho, atê pelos direitos a ele concedidos em decorrência do aforamento.

De fato, existe prova documental nos autos de que o pai do requerido/apelante obteve provimento positivo de manutenção de posse da área, no ano de 2002 (f. 90-102).

A matrícula da área (f. 118-123) foi criada em 27/12/2001, constando como proprietário do imóvel (de maneira totalmente dissociada da boa técnica), a Prefeitura Municipal de Ladário/MS, quando deveria ser, o Município de Ladário/MS. E, na mesma data, foi registrada a transmissão dessa propriedade nascida em 27/12/2001, para Hugo Sabatel Filho, sem mencionar o aforamento.

Somente em 27/05/2003, no mesmo dia em que também foi registrada a Desapropriação, é que, por meio da Averbação nº 04, o Cartório de Registro de Imóveis retificou a origem do título de propriedade para constar que Hugo Sabatel Filho seria proprietário em virtude de aforamento (f. 118-123).

Ao ser oficiado o Cartório de Registro de Imóveis para enviar cópia dos documentos que acompanharam a abertura da matrícula de número 2.907, ambos os Cartórios (f. 753-754 e 757), deixaram de enviar tais documentos pelas justificativas ali apresentadas, limitando-se o Cartório em que atualmente se encontra matriculado o imóvel a enviar a documentação posterior à desapropriação, enquanto a investigação se tratava de saber como a matrícula foi criada, ou seja, quais documentos acompanharam.

Chama atenção a velocidade, rapidez e presteza da Administração Pública Municipal, na tramitação do procedimento de Aforamento, uma vez que o requerimento foi apresentado em 28/11/2001, o Edital de f. 194 foi expedido em 30/11/2001, publicado não se sabe em que datas, pois os jornais de f. 203/205 não mostram datas de suas publicações, além de conter erro no número do protocolo do requerimento, constando nº 216, ao invés de nº 2.162, que seria o correto, o Título Definitivo de f. 180, foi expedido em 11/12/2001 (apenas onze dias depois da confecção daquele edital), mesma data de pagamento do primeiro foro/laudêmio (f. 181), e a matrícula já foi criada e registrada no Cartório de Registro de Imóveis no dia 27/12/2001.

O edital, sem dúvida, não teve a publicidade adequada.

Além disso, pelo documento de f. 196, se extrai que o título definitivo foi expedido no mesmo dia em que o prefeito requerido recebeu o Ofício nº 711/2001-BAB/SEINFRA, de 11/12/2001, da Secretaria de Estado de Infra-Estrutura requerendo uma vistoria para verificar a viabilidade de supressão florestal em área destinada a assentamento humano, visando a remoção das famílias do local onde seria instalada a termoeletrica de Corumbá.

Pois bem, necessário se faz esclarecer o que é o aforamento.

A enfiteuse ou aforamento era um direito real sobre coisa alheia e estava contemplada no art. 678, do Código Civil de 1916, por meio do qual o proprietário atribuía a outrem, de forma perpétua, o domínio útil ou domínio foreiro do imóvel, em que o foreiro ou enfiteuta paga ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável, além do laudêmio, em caso de transferência do domínio útil.

No aforamento há uma secção do direito de propriedade mediante atribuição do domínio útil ao enfiteuta ou foreiro e do domínio direto ao senhorio ou nu-proprietário.

Como se sabe, o referido instituto, que já estava praticamente em desuso no Brasil (exceto pela Marinha do Brasil, que possui lei e regramento próprio), foi definitivamente extinto do ordenamento jurídico pátrio pelo Código Civil de 2002, salvo os aforamentos já existentes, que continuaram subordinados ao Código Civil de 1916.

Ora, se o Prefeito da época não houvesse “dado” em enfiteuse referido bem, a indenização proveniente da desapropriação caberia integralmente ao município.

Observa-se que no Termo de Desapropriação Amigável nº 003/2002 (f. 140-143), constou que Hugo Sabatel e Filho e sua esposa seriam os proprietários do imóvel a ser desapropriado, além de:

“(...) senhores e legítimos possuidores, livre, legal e desembaraçada de qualquer ônus judicial ou extra-judicial, hipoteca legal ou convencional, foro ou pensão, quites de impostos, taxas, tarifas e multa, até a presente data, do imóvel a seguir discriminado: uma área rural com a superfície de 27,1622 (vinte e sete hectares e fração de hum mil seiscientos e vinte e dois), da cidade de Ladário-MS...” bem como que “referido imóvel foi adquirido da Prefeitura Municipal de Ladário-MS, tendo como título aquisitivo o Título Definitivo nº 006/2001, expedido pela Prefeitura Municipal de Ladário-MS em 11 de dezembro de 2001, registrado na matrícula 2.907, sob o nº 01, em 27 de dezembro de 2001”.

Tudo isso permite concluir que não houve qualquer aforamento, mas uma tentativa bem mal sucedida de doação disfarçada da propriedade que pertencia ao Município de Ladário, determinada pelo então Prefeito Municipal, o apelado falecido José Francisco Mendes Sampaio, ao também requerido Hugo Sabatel Filho.

Note-se que, na época, o vice-prefeito também era pertencente à família Sabatel, Maximiano Francisco Santos Sabatel, conforme informado a f. 64.

Gize-se que o fato da família, pai, avós e demais ascendentes do apelante Hugo Sabatel Filho, deter a posse da área imobiliária denominada “Chácara Terra Vermelha”, há mais de 47 anos, é irrelevante, pois terras públicas são insuscetíveis de usucapião, e os possuidores nunca pleitearam nem antes nem depois da Constituição de 1988, o direito de propriedade do imóvel.

Igualmente, o fato do Ministério Público, na ação de desapropriação (f. 295-366), não haver se insurgido contra o ato, em 18/11/2002 (f. 352), não possui o condão de cancelar a ilegalidade, pois é necessário observar que o Município de Ladário/MS, como se vê da resposta do ofício de f. 201, deixou de remeter informações que foram solicitadas pela Secretaria de Estado de Infra-Estrutura, respondendo que “o processo que gerou o citado título é documento interno desta Prefeitura, reafirmando, porém, e mais uma vez, que o mesmo obedeceu os devidos trâmites legais”. Portanto, a ação de desapropriação sequer continham os documentos necessários à esmerada apreciação do modo de aquisição de propriedade do requerido.

Basta recordar que a retificação realizada na matrícula, para fazer constar o aforamento se deu somente em 27/05/2003 (f. 118-123), após toda a tramitação da ação de desapropriação, como se vê na f. 366, cujo arquivamento foi solicitado em 12/05/2003, haja vista que a sentença homologatória foi proferida em 10/12/2002 (f. 354-355).

Dessa forma, os expropriados, dolosamente, mantiveram o suposto aforamento oculto da Agência expropriante, ao sustentar que inexistia foro ou pensão incidindo sobre o imóvel.

Tais questões foram inclusive muito bem colocadas no julgamento do acórdão de f. 510-527, que embora não tenha julgado o mérito da ação, deixou consignado:

Assim, ao invés da carta de aforamento, documento apropriado para ceder ao foreiro o uso e o gozo do imóvel, sem transferência da propriedade, o Prefeito Municipal José Francisco Mendes Sampaio expediu apenas um “título definitivo”, nenhuma indicação de que se trata de um aforamento. O título faz expressa “concessão definitiva da aludida área”.

O Sr. Hugo Sabatel Filho recebeu o título definitivo (f. 170) e o levou a registro na Matrícula nº 2.907 do Livro nº 2 – Registro Geral do 1º Ofício de Registro Público e de Protesto de Títulos Cambiais do Registro de Imóveis da Comarca de Corumbá, MS, no qual se lê:

R. 01-2.907, de 27 de dezembro de 2.001.

Transmitente: Prefeitura Municipal de Ladário, anteriormente mencionada.-

Adquirente: Hugo Sabatel Filho, brasileiro, casado, engenheiro, portador da C.I. RG. Nº 3.406.241-IFP/RJ, e, inscrito no CPF. (MF.) sob o nº 600.614.727-00, residente e domiciliado em Corumbá, MS, à Rua Treze de Junho, 1.044, aptº 1.402.-

Título: Título Definitivo.-

Valor: Sem valor.-

Forma do Título, data e Expedidor: Título Definitivo nº 006/2001, expedido pela Prefeitura Municipal de Ladário, MS, em data de 11 de dezembro de 2001.-

Condições: As constantes do título.-

Averbações: Não constam.-

Observação: Foram apresentados os documentos exigidos por Lei, tais como Incra, onde dito imóvel está cadastrado sob o nº 42 09 002 01004-93 e o C.C.I.R, Código nº 9070490013688.-

A Oficial: (assinatura). (f. 119)

Dessa forma, o título definitivo foi registrado sem qualquer menção ao aforamento e sem valor.

Menos de um semestre depois, a Coordenadora de Desenvolvimento Urbano da Secretaria de Estado de Infra-Estrutura e Habitação do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio do Ofício nº 580/2002-CDU/SEINFRA, de 19.5.2002 (f. 193), solicitou ao Prefeito Municipal José Francisco Mendes Sampaio cópia do processo que gerou o Título Definitivo em nome de Hugo Sabatel Filho da área denominada “Terra Vermelha”.

A oficiante explicou que o pedido estava sendo realizado em função do interesse do Governo do Estado em desapropriar a referida área.

Em resposta à solicitação, por meio do Ofício nº 324/GP/PML, de 27.6.2002 (f. 192), o Prefeito informa que o Título Definitivo da área denominada “Terra Vermelha” “deve estar registrado e matriculado na 2ª Circunscrição do Registro de Imóveis, da Comarca de Corumbá – MS, sendo que tal documento atende os interesses dessa Coordenadoria, que poderá se orientar pelo mesmo, já que o processo que gerou o citado título é documento

interno desta Prefeitura, reafirmando, porém, e mais uma vez, que o mesmo obedeceu os devidos trâmites legais”.

Dessa forma, não fez nenhuma alusão ao fato de que o título definitivo seria relativo ao aforamento. Apenas remeteu a solicitante ao Registro de Imóveis, acrescentando que “tal documento atende os interesses dessa Coordenadoria, que poderá se orientar pelo mesmo”.

Infere-se que deixou de remeter cópia dos autos do processo de aforamento, porquanto constitui “documento interno desta Prefeitura”.

Posteriormente, aos 3 de setembro de 2002, a Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos de Mato Grosso do Sul (Agesul), autarquia estadual representada pelo seu Diretor-Presidente, Dr. Heitor Patrocínio Lopes, celebrou o Termo de Desapropriação Amigável nº 003/2002 (f. 134-137) da aludida área rural com o Sr. Hugo Sabatel Filho e esposa.

*Na avença, os expropriados foram qualificados como proprietários, “senhores e legítimos possuidores, livre, legal e desembaraçada de qualquer ônus judicial ou extrajudicial, hipoteca legal ou convencional, **foro ou pensão**, quites de imposto, taxas, tarifas e multas até a presente data” (f. 135; destaquei).*

Dessa forma, os expropriados, dolosamente, mantiveram o suposto aforamento oculto da Agência expropriante, ao sustentar que inexistia foro ou pensão incidindo sobre o imóvel.

(...)

Com o título definitivo em mãos, o Sr. Hugo Sabatel Filho providenciou o registro na Matrícula do Imóvel, nº 2.907, do 1º Ofício de Registro Público e de Protesto de Títulos Cambiais do Registro de Imóveis da Comarca de Corumbá (f. 119), sem fazer constar que se tratava de um aforamento.

Agindo como verdadeiros proprietários do imóvel, ele e sua esposa negociaram com a Agência Estadual de Gestão de Empreendimento do Estado de Mato Grosso do Sul – Agesul a desapropriação amigável do bem, afirmando que a área se encontrava “livre, legal e desembaraçada de qualquer (...) foro ou pensão” (f. 135).

Em nenhuma linha de sua informação à autarquia, o Prefeito Municipal se dignou a ressaltar a existência do suposto aforamento.

(...)

Por tais motivos, entendo que o ato impugnado pelo Ministério Público Estadual, apesar de ser o fechamento de um processo administrativo de pedido de aforamento, não tem natureza de aforamento ou enfiteuse, mas de verdadeira doação.

Houve, sem dúvida, uma simulação, uma “declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Procura-se com a simulação iludir alguém por meio de uma falsa aparência que encobre a verdadeira feição do negócio jurídico.” Foi o que ocorreu na espécie.

Consequentemente, o título definitivo viola de forma flagrante o princípio constitucional da legalidade, por desrespeitar o disposto à época dos fatos na Lei de Licitações, Lei nº 8.666, de 21.6.1993, que permitia a doação de imóvel público exclusivamente a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, mediante expressa autorização legislativa, a saber:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

(...)

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;”

Na espécie, não consta que tenha havido autorização legislativa da Câmara Municipal de Ladário para a doação, nem esta foi feita a outro órgão ou entidade da Administração Pública, mas a particular.

Não se pode olvidar que o documento de f. 196 demonstra que o Estado já estava interessado em desapropriar a área antes mesmo da data do ofício nº 711/2001-BAB/SEINFRA, de 11/12/2001, pois não teria requerido uma vistoria para verificar a viabilidade de supressão florestal em área destinada a assentamento humano [referindo-se justamente à “Chácara Terra Vermelha”], visando a remoção das famílias do local onde seria instalada a termoeletrica de Corumbá.

Isso explica a veloz tramitação do suposto aforamento requerido em 28/11/20001, sua ocultação no Título Definitivo de 11/12/2001 e no seu registro em 27/12/2001, na matrícula do imóvel, e consequentemente na ação de desapropriação.

A improbidade praticada pelos requeridos causou prejuízo ao erário municipal, pois acaso não realizada a “manobra”, a indenização da desapropriação caberia ao município, como já dito, sendo portanto, irrelevante a alegação do apelante Hugo Sabatel Filho de que já pagou ao erário municipal antecipadamente o que lhe era devido, haja vista que o recebeu indenização já descontado o percentual de 40% referente às áreas públicas, até porque a desapropriação não foi promovida pelo município mas por outro ente, o Estado.

De outro vértice, é certo que não existe a possibilidade administrativa de regularizar posse de particular em terras públicas, como confessado pelos requeridos, da forma como foi feito, ainda mais quando os supostos possuidores nunca buscaram nesses supostos mais de 40 anos, buscar o caminho jurídico adequado, considerando que supostamente adquiriram a posse em 1954 e 1968.

Logo, está claro nos autos que os requeridos apelantes causaram prejuízo ao erário e violaram princípios da administração, devendo ser mantida a sentença *a quo*, a saber:

Pois bem. Após detida análise dos autos, bem como dos documentos que acompanham a inicial, verifico que o pedido de condenação dos réus realizado pelo Parquet merece procedência.

Diga-se isso pelo fato de que o Título Definitivo de nº 006/2001, acostado à f. 50 dos autos, e emitido pelo Município de Ladário após o transcurso de exíguo lapso temporal desde a entrada de seu requerimento, não faz qualquer menção que a transmissão da propriedade ocorreu por aforamento, havendo, somente, o registro de que haveria a concessão definitiva do imóvel à pessoa de Hugo Sabatel Filho.

Da mesma forma, a realização do registro 01-2.907, na matrícula imobiliária de nº 2.907, do Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição Imobiliária de Corumbá,

consoante documento de f. 119/121, se revela eivada de vício insanável, na medida em que, caso se tratasse de enfiteuse, deveria haver menção na respectiva matrícula imobiliária, de acordo com o que determina o item 10, I, do art. 167 da Lei nº 6.015/73, que assim prescreve:

“Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro: [...]

10) da enfiteuse; [...] “

Por consequência de raciocínio lógico, e diante das mencionadas irregularidades, pode-se concluir, de forma clara e indubitável, que a transmissão da propriedade ao réu Hugo Sabatel Filho ocorreu sem a observância dos preceitos legais pelo réu José Francisco Mendes Sampaio, enquanto representante legal do Município de Ladário, sendo o referido “Título Definitivo” averbado na matrícula imobiliária sem mencionar, sequer, as especificações do respectivo e que se tratava, em tese, de enfiteuse.

Sendo assim, é plenamente crível que, não havendo sido averbada informação referente à enfiteuse na matrícula do imóvel, pode-se concluir que se tratava de doação pura e simples de imóvel ao particular, o que é vedado expressamente em nosso ordenamento jurídico, de acordo com o que preceitua o art. 17, da Lei de Licitações, verbis:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...)

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

(...) f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

(...) h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) (...) “

Nesse pórtico, as lições de José dos Santos Carvalho Filho acerca da matéria em liça são claras em estabelecer os requisitos para a doação de bem público, salientando, ademais disso, a necessidade de existência do interesse público excepcional, o que não se revela no presente caso:

“A Administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado. Qualquer violação a tais pressupostos espelha conduta ilegal e dilapidatória do patrimônio público. São requisitos da doação de bens públicos: autorização legal, avaliação prévia e

interesse público justificado. A licitação, levando em conta a existência de interesse social da doação, será dispensável.” (Manual de Direito Administrativo. Lumen Juris. RJ.)

Por conseguinte, não bastasse a irregularidade quando da transmissão do imóvel por ato do réu José Francisco, em momento posterior verifica-se a ocorrência de expropriação do imóvel pelo valor de R\$ 325.978,89 (trezentos e vinte e cinco mil novecentos e setenta e oito reais e oitenta e nove centavos), de acordo com a informação contida na respectiva matrícula imobiliária, ocasião em que o réu Hugo Sabatel Filho, e sua esposa, foram qualificados como proprietários do imóvel, sendo que, somente à época e caso fosse considerada legal a enfiteuse, aqueles poderiam ser considerados foreiros do imóvel e, unicamente, responder pelo domínio útil do imóvel.

Diante disso, o Município de Ladário, e repise-se, caso fosse considerado legal o procedimento da enfiteuse, deveria receber parcela da indenização referente ao procedimento expropriatório, como se vê da seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – ENFITEUSE – DESAPROPRIAÇÃO – FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO A SER PAGA AO MUNICÍPIO, SENHORIO DIRETO – APLICAÇÃO DO CRITÉRIO ESTABELECIDO NO DO DECRETO-LEI Nº 9.760/46, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 32, DA LEI Nº 9.636/98 – PRESCREVE A DEDUÇÃO DO EQUIVALENTE A 17% (DEZESSETE POR CENTO) CORRESPONDENTE AO VALOR DO DOMÍNIO DIRETO – CARACTERIZAÇÃO DE NORMA ESPECIAL EM RELAÇÃO AO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 693. NOVEL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR – PRECEDENTE: RESP 775.488/RJ, DJ 15/05/2006, REL. MINº LUIZ FUX. 9.760329.636 CÓDIGO CIVIL DE 1916: RESP 775.488/RJ). Cuida-se de recurso especial que possui como objeto, precisamente, estabelecer, em sede enfiteuse, qual o correto valor a ser pago, a título de indenização por desapropriação, ao senhorio direto, no caso, o Município do Rio de Janeiro. Alega a municipalidade, em resumo, que o valor para o domínio direto é de 17% sobre a quantia indenizatória, sendo equivalente a 20 foros e um laudêmio, estando equivocada a sentença e o acórdão, que fixaram essa importância em 10 foros e um laudêmio (correspondente a 2,5% sobre o quantum indenizatório). Nessa ótica, aponta violação do art. 103, § 2º, do DL 9.760/46, com a redação conferida pela Lei 9.636/98 2. A pretensão merece acolhimento. Com efeito, no Resp 775.488/RJ, examinando litígio em todo semelhante à hipótese em apreciação, esta Corte Superior aplicou ao tema novel exegese, no sentido de fixar o valor indenizatório ao senhorio direto, em caso de desapropriação, com observância do critério previsto no art. 103, § 2º, do DL 9.760/46, com a redação conferida pela Lei 9.636/98, que é norma especial em relação ao revogado Código Civil de 1916. 3. Recurso especial provido para o fim de reconhecer devido ao Município do Rio de Janeiro, foreiro do imóvel desapropriado, a quantia indenizatória concernente a 20 foros e um laudêmio, correspondente a 17% do valor total do domínio, na forma prescrita no art. 103, § 2º, do DL 9.760/46, com a redação conferida pela Lei 9.636/98 Resp 775.488/RJ Código Civil de 1916 (RJ 2007/0051485-6, Relator: Ministro José Delgado, Data de Julgamento: 24/03/2008, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 14.04.2008 p. 1 REPDJ 15.05.2008 p. 1)

Nessa senda, e como dito alhures, caso considerada fosse legal a enfiteuse, parcela da indenização caberia ao Município de Ladário.

Deste modo, é nítido o prejuízo ao erário por ato dos réus, tendo em vista que José Francisco Mendes Sampaio transmitiu imóvel ao particular sem a observância dos preceitos legais, ou seja, concorreu para a incorporação de bem de domínio público ao patrimônio particular de pessoa física, ao passo Hugo Sabatel Filho concorreu para a prática do ato de improbidade do primeiro réu, tendo se beneficiado dele diretamente diante da incorporação do referido bem a seu patrimônio particular, tanto que, logo em

seguida, formalizou desapropriação se passando como proprietário do aludido imóvel, quando, na verdade, detinha apenas o domínio útil. Em razão disso, o réu Hugo Sabatel Filho, mesmo não sendo agente público, sujeita-se às sanções pela prática de ato de improbidade administrativa, a teor do art. 3º da Lei nº 8.429/92.

No que toca a improbidade administrativa, Marino Pazzaglini Filho, assim leciona:

*“corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.” (PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Marcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. **Improbidade administrativa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.).*

A Lei nº 8.429/92, que prevê a aplicação de sanções aos agentes públicos que praticam atos de improbidade administrativa traz, em seus arts. 10 e 11, ambos no caput, o enunciado de que, aquele que causar efetiva lesão ao erário, ou violar qualquer um dos princípios basilares da administração pública, comete ato de improbidade, conforme:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

Diante de tais premissas, temos que houve por parte dos réus José Francisco Mendes Sampaio e Hugo Sabatel Filho o cometimento de atos ímprobos, na medida em que ambos transgrediram aos princípios da legalidade e moralidade administrativas, bem como contribuíram para a dilapidação de patrimônio do Município de Ladário realizando a concessão de título definitivo sem qualquer legalidade do ato; e ainda, o réu Hugo Sabatel Filho, quando da realização da desapropriação, agiu como se proprietário do imóvel fosse, sendo nítida a má-fé de ambos.

Nesse quadro, os réus praticaram, especificamente, a conduta prescrita no inciso I, do acima citado art. 10 da Lei de Improbidade, vez que concorreram para a incorporação ao patrimônio de bens e renda do Município de Ladário, verbis:

“I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;”

E, assim agiram, violando o princípio da legalidade.

Por conseguinte, as penalidades para o cometimento dos atos de improbidade administrativa prescritos nos arts 10 e 11, restam estampadas no art. 12, incisos II e III da Lei de Improbidade, in verbis:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...]

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Registre-se, por oportuno que no tocante à aplicação das sanções contidas no art. 12 da Lei de Improbidade, a jurisprudência, em recentes julgados, vem exigindo a demonstração do efetivo dolo ou má-fé do agente em relação às práticas constantes nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, ou ao menos culpa, em relação ao art. 10. Ou seja, não basta apenas ser demonstrado o ato ímprobo, deve haver dolo, por exemplo, nos atos praticados em desrespeito à Administração Pública, sendo que estes não podem ser presumidos, devem estar demonstrados.

Assim, decidiu por vezes a Colenda Corte Superior de Justiça do país:

“ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ELEMENTO SUBJETIVO – PRECEDENTES DO STJ – PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa. 2. Assim, é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação. Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA). [...]” (Resp 875.163/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 01/07/2009) (Grifo Nosso).

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE – LEI 9.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA. 1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, caput, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei. 2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não

pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa. 3. Recurso especial provido. (Resp 604.151/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006).

Sobre o dolo, Waldo Fazzio Júnior nos ensina: “Dolo, para o art. 11 e seus incisos, é a vontade livre e consciente de se conduzir contra a probidade administrativa ou pelo menos agir nessa direção, assumindo o risco do resultado.” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007, p. 80).

De maneira salutar o Exmo. Des. Rêmolio Leteriello, integrante do E. TJ/MS, no julgamento da Apelação Cível - Lei Especial - Nº 2008.034196-2/0000-00 – Cassilândia, expôs com brilhantismo que deve ser levado em consideração o critério subjetivo na aferição das condutas previstas na Lei de Improbidade, sendo que, por ser relevante ao caso em comento, transcrevo trecho abaixo:

“(...) Segundo a orientação precípua do Superior Tribunal de Justiça, há de se ter em mente que a ação de improbidade administrativa exige prova certa, determinada e concreta dos atos ilícitos para ensejar condenação, não se contentando com simples indícios, ou com a verdade formal. Em demandas de tal jaez, o ônus da prova é do Ministério Público, a quem compete materializar, estreme de dúvidas, a causa de pedir acusatória, sob pena de improcedência da pretensão. (Resp 976.555/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 08/04/2008, DJe 05/05/2008).

Demais disso, além da prova cabal do ato, deve haver um plus coligado à demonstração inequívoca do dolo do agente público acionado em relação a imputação de improbidade, sem o qual se esvai a justa causa necessária para o êxito da ação civil pública.

Em suma, o entendimento remansoso no STJ é no sentido de que a configuração de ato de improbidade administrativa exige, necessariamente, a presença do elemento subjetivo, inexistindo a possibilidade da atribuição da responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92. Nesse sentido, os seguintes precedentes: Resp 734.984/SP, 1ª Turma, Rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 16.6.2008; Resp 658.415/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.8.2006; Resp 604.151/RS, 1ª Turma, Rel. p/acórdão Minº Teori Albino Zavascki, DJ de 8.6.2006; Resp 626.034/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 5.6.2006, p. 246 e Resp 875.425/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 09/12/2008, DJe 11/02/2009.”

Em vista disso, tenho que o dolo restou demonstrado nas condutas dos réus, porquanto seus atos resultaram em efetivo prejuízo ao Município de Ladário a partir de uma doação realizada sem a observância dos preceitos legais, que teve um de seus bens expropriados no importe de R\$ 325.978,89 (trezentos e vinte e cinco mil novecentos e setenta e oito reais e oitenta e nove centavos), sem receber qualquer importância da expropriação.

Por tudo isso, demonstrada a prática de atos de improbidade administrativa, e realizadas as ressalvas acima especificadas acerca da razoabilidade da aplicação das sanções, merece a presente demanda ser julgada parcialmente procedente.

Diante do exposto, com fulcro nos arts. 10, I, e 11, caput, c.c. art. 12, II e III da Lei nº 8.492/92, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para o fim de condenar os réus José Francisco Mendes Sampaio e Hugo Sabatel Filho, qualificados nos autos, pela prática de ato doloso de improbidade administrativa, aplicando-lhes as seguintes sanções: (a) condenação solidária ao ressarcimento do Município de Ladário na importância de R\$ 325.978,89 (trezentos e vinte e cinco mil,

novecentos e setenta e oito reais e oitenta e nove centavos), corrigida pelo IGP-M/FGV e acrescida de juros legais, tudo a partir da data em que foi efetuado o pagamento em decorrência da desapropriação; (b) suspensão dos direitos políticos pelo período de 05 (cinco) anos; (c) pagamento de multa civil correspondente ao valor do dano, que, por sua vez, equivale ao valor da desapropriação, corrigido pelo índice IGP-M/FGV a contar do trânsito em julgado; e (d) proibição dos réus de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos.

Considerando que o autor decaiu de parte mínima do pedido, condeno os réus, ainda, ao pagamento pro rata das custas processuais, nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil. Intime-os para solvê-la, sob pena de inscrição em dívida ativa.

Sem razão, contudo, o pedido ministerial de condenação em honorários advocatícios, ante a redação do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública. Ademais, “dentro da absoluta simetria de tratamento, não pode o ‘parquet’ beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública” (STJ-2ª Turma, Resp 493.823-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 9.12.2003).

Com o trânsito em julgado, comunique-se esta sentença a todas as esferas administrativas (União, Estado e Município de Corumbá) e judiciais, especialmente à Justiça Eleitoral, em razão da suspensão dos direitos políticos do réu José Francisco Mendes Sampaio pelo período determinado, e ao Conselho Nacional da Justiça, tendo em vista o cadastro nacional dos condenados por improbidade administrativa.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Acrescento apenas que ficam extintas as punições pessoais em face do ex-prefeito José Francisco Mendes Sampaio, em razão do seu falecimento, com fundamento no princípio da intranscendência das sanções pecuniárias, estando o espólio legitimado a figurar no polo passivo da demanda para prosseguimento da pretensão de ressarcimento ao erário e multa, com fundamento no art. 8º, da Lei 8.429/1992: “O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE – FALECIMENTO DO RÉU NO CURSO DA AÇÃO – HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS – POSSIBILIDADE. 1. Nas ações de improbidade administrativa fundadas nos arts. 9º e/ou 10 da Lei nº 8.429/1992, os sucessores do réu, falecido no curso do processo, estão legitimados a prosseguir no polo passivo da demanda, nos limites da herança, para fins de ressarcimento ao erário. Precedentes. 2. O art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, norteador da matéria, não contém ressalvas acerca do momento do óbito como requisito para a sua aplicação. 3. Somente com o trânsito em julgado da demanda principal é que virá à lume se os herdeiros terão de reembolsar o erário ou não, ocasião em que deverão estar habilitados no processo. 4. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp 890797 / RN, Relator(a) Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, Data do Julgamento 06/12/2016, DJe 07/02/2017)

Ante o exposto, conheço e nego provimento aos recursos, mantendo a sentença tal como lançada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 17 de outubro de 2018.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0000832-91.2009.8.12.0039 - Pedro Gomes
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL MUNICIPAL – CDA NÃO PREENCHE OS REQUISITOS FORMAIS DO ART. 202 DO CTN – NULIDADE EVIDENCIADA – NECESSIDADE DE SE OPORTUNIZAR A EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO PELO EXEQUENTE – PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL, DA PRIMAZIA DO MÉRITO E DO CONTRADITÓRIO – RECURSO PROVIDO.

Embora constatada a nulidade, não foi assegurada ao exequente a oportunidade de suprir eventuais defeitos formais da certidão de dívida ativa. Portanto, verifica-se a não observância da Súmula 392, bem como do art. 203 do CTN e art. 2º, § 8º da Lei nº 6830/80, os quais possibilitam a correção de erro formal ou material da CDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Município de Pedro Gomes/MS interpõe recurso de apelação contra a sentença que acolheu a exceção de pré-executividade, proposta por Wanderlan Barbosa Marçal, para declarar a nulidade da certidão de dívida ativa e, conseqüentemente, extinguiu a execução fiscal.

Alega que o executado não se utilizou, oportunamente, dos embargos à execução, que se trata da via processual adequada.

Defende que a CDA está de acordo com o que determina a legislação vigente, sendo que os defeitos formais não são motivos para invalidá-la. Além disso, o ordenamento jurídico permite que, em caso de erro material ou formal, há a possibilidade da fazenda pública substituir a certidão até a prolação da sentença, tendo em vista a observância do princípio da economia processual e do art. 2º, § 8º da Lei de Execução Fiscal.

Ao final, requer o provimento do recurso para que a sentença seja reformada, concedendo a oportunidade da substituição da certidão de dívida ativa.

Sem contrarrazões, conforme certidão de f. 97.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Município de Pedro Gomes/MS contra a sentença que acolheu a exceção de pré-executividade, proposta por Wanderlan Barbosa Marçal, para declarar a nulidade da certidão de dívida ativa e, consequentemente, extinguiu a execução fiscal.

Alega que o executado não se utilizou, oportunamente, dos embargos à execução, que se trata da via processual adequada.

Defende que a CDA está de acordo com o que determina a legislação vigente, sendo que os defeitos formais não são motivos para invalidá-la. Além disso, o ordenamento jurídico permite que, em caso de erro material ou formal, há a possibilidade da Fazenda Pública substituir a certidão até a prolação da sentença, tendo em vista a observância do princípio da economia processual e do art. 2º, § 8º da Lei de Execução Fiscal.

Ao final, requer o provimento do recurso para que a sentença seja reformada, concedendo a oportunidade da substituição da certidão de dívida ativa.

Sem contrarrazões, conforme certidão de f. 97.

É o que cumpria relatar. Passo a decidir.

Consta dos autos que o Município de Pedro Gomes manejou a presente execução fiscal em face de Wanderlan Barbosa Marçal, todavia o magistrado singular declarou extinta a execução, sob o fundamento de ser nula a CDA que embasa a presente lide.

Inicialmente, é imperioso esclarecer que não há qualquer inaplicabilidade na utilização do instrumento de objeção de pré-executividade, tendo em vista que é devida e aceita pela jurisprudência, embora não prevista expressamente pela lei processual.

Segundo Elpídio Donizetti,

*“(...) a esse procedimento simplificado, não regulamentado pelo Código, por meio do qual a parte leva ao conhecimento do juízo questões de ordem pública, denomina-se exceção de pré-executividade. ‘Exceção’, porque se trata de defesa; ‘de pré-executividade’, porque a defesa pode ser deduzida antes da penhora, que caracteriza o primeiro ato de execução”.*¹

Da mesma forma preceitua Humberto Theodoro Junior:

*“(...) No direito brasileiro, mesmo sem expressa disciplina no Código, a jurisprudência construiu a figura da exceção (ou objeção) de não executividade, para permitir ao devedor liberar-se da execução indevida, em situações de flagrante ausência de condições de procedibilidade in executivis, sem passar pelos percalços da ação de embargos à execução”.*²

Portanto, referido instrumento é um meio de defesa que o executado pode se valer dentro do processo de execução, desde que preencha os requisitos de admissibilidade, quais sejam, matérias que

1 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 776.

2 THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. II, p. 407.

devem ser conhecidas de ofício, como, por exemplo, ausência de pressupostos processuais e condições da ação, bem como questões que não demandem dilação probatória.

Quanto às Certidões de Dívidas Ativas, vale ressaltar que estas gozam de presunção de certeza e liquidez (art. 204 do CTN) e caracterizam título executivo extrajudicial, desde que verificados os requisitos elencados no art. 202 do CTN, bem como o art. 2º, § 5º da Lei nº 6.830/80. Vejamos:

*“Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, **indicará obrigatoriamente**: I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado; IV - a data em que foi inscrita; V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.” (g.n)*

*“Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III - **a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida**; IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.” (g.n)*

Insta salientar que a ausência das referidas hipóteses elencadas nos dispositivos somente possuirá o condão de acarretar a nulidade da CDA se prejudicar o contribuinte.

No presente caso, a CDA (f. 02) não apresenta os requisitos formais exigidos, ou seja, a indicação da origem, natureza, bem como o fundamento legal ou contratual da dívida.

De fato, resta claro o prejuízo à defesa do executado, caracterizado pelo desrespeito do princípio do devido processo legal, gerando, diante disso, a nulidade da respectiva certidão e, consequentemente, a execução fiscal nela fundada.

No entanto, também não foi oportunizada à Fazenda Pública a correção dos defeitos formais supramencionados, conforme preceitua súmula 392 do STJ:

*“Súmula 392 do STJ – **A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos**, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.” (g.n)*

Soma-se a isso a previsão do art. 203 do CTN:

*“Art. 203. A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, **mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada.**” (g.n)*

Nesse diapasão, a jurisprudência já admite a possibilidade de suprir erro formal ou material mesmo após o julgamento de primeira instância e de eventual embargos à execução, em nítida observância do princípio da economia processual, bem como da primazia do mérito e do contraditório.

Eis os seguintes julgados deste Tribunal:

*EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – ISSQN – IRREGULARIDADES CDA – POSSIBILIDADE DE EMENDA – PRESCRIÇÃO – ALEGAÇÃO COGNOSCÍVEL POR MEIO DOS ELEMENTOS DA PRÓPRIA CDA – SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO QUANTO A EVENTUAIS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS – INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DO CONTRIBUINTE – AUSÊNCIA DE REFERÊNCIA A CAUSAS INTERRUPTIVAS OU SUSPENSIVAS DE PRESCRIÇÃO – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO – EXECUÇÃO PROPOSTA DEPOIS DO PRAZO DE 05 ANOS – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. **As irregularidades ou falhas em relação à CDA não levam necessariamente à sua nulidade, podendo ser objeto de alteração, conforme previsão do art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80. Se a CDA é um documento detalhado sobre os tributos que levaram ao surgimento do crédito tributário, considera obrigatório, em razão do princípio da legalidade estrita, que as informações essenciais quanto ao fato gerador e aos procedimentos que levaram à elaboração do documento sejam conhecidos pelo contribuinte. (...)** (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1405802-91.2017.8.12.0000, Campo Grande, 4.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 27/09/2017, p: 29/09/2017). (g.n)*

*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – CDA – REQUISITOS LEGAIS – POSSIBILIDADE DE EMENDA E SUBSTITUIÇÃO ATÉ SENTENÇA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO – ECONOMIA PROCESSUAL – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO. **Segundo disposto no § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, até a decisão de primeira instância a CDA poderá ser emendada ou substituída. Se a extinção da execução decorreu de entendimento que não oportunizou emenda ou substituição da CDA por irregularidades que podem ser sanadas, há ofensa ao contraditório e à economia processual. Recurso provido.*** (TJMS. Apelação nº 0001053-40.2010.8.12.0039, Pedro Gomes, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 03/07/2018, p: 05/07/2018) (g.n)

*APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – AUSÊNCIA DE TÍTULO VÁLIDO – CDA QUE NÃO PREENCHE REQUISITOS LEGAIS DE VALIDADE – NULIDADE - SÚMULA 392 DO STJ – NECESSIDADE DE SE OPORTUNIZAR A EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO PELO EXEQUENTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 8º, DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE SODALÍCIO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **Nos moldes da Súmula 392 do STJ, a substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa só é permitida se houver erro formal ou material, sendo vedada a modificação do sujeito passivo da execução. São nulas as CDAs que não atendem aos requisitos previstos no art. 2º, § 5º, da Lei de Execuções Fiscais e no art. 202 do Código Tributário Nacional. Verificada, porém, a nulidade da CDA, cumpre assegurar ao exequente a sua emenda ou substituição, possibilitando-lhe sanar o vício até a decisão de primeira instância, antes de se proceder à extinção do processo*** (TJMS. Apelação nº 0800724-33.2011.8.12.0015, Miranda, 2.ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Jairo Roberto de Quadros, j: 10/11/2015, p: 10/11/2015). (g.n)

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe provimento, para o fim de cassar a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à origem, para que seja facultada ao exequente a emenda ou substituição da certidão de dívida ativa, nos termos do art. 2º, § 8º da Lei nº 6.830/80 e da Súmula 392 do STJ.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Seção Especial - Cível
Reclamação nº 1403620-98.2018.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL – ACÓRDÃO PROFERIDO EM RECURSO INOMINADO – TURMA RECURSAL MISTA DOS JUIZADOS CÍVEIS E CRIMINAIS DE MATO GROSSO DO SUL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REJEITADO – CABIMENTO DA AÇÃO – ERRO DA ADMINISTRAÇÃO QUE PAGA PERCENTUAL A MAIOR DE ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO A SERVIDORA DE BOA-FÉ – INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DA LEI – ADMINISTRAÇÃO QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROVAR QUE HOVE MERO ERRO DE CÁLCULO – BOA-FÉ DA ADMINISTRADA – PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA E GARANTIA DE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) – RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.244.182/PB – PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

Consoante estabelece o artigo 988, do CPC/2015 e o artigo 1º, da Resolução STJ/GP nº 3, de 07.04.2016, cabe reclamação contra acórdão proferido pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais que contrariar a jurisprudência do STJ, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas bem como em julgamento de recurso especial repetitivo, sendo dos Tribunais de Justiça locais a competência para o processamento e julgamento.

Acolhe-se reclamação promovida por servidora que, em ação movida perante o Juizado Especial, cujo pedido de restituição de valores descontados indevidamente em folha de pagamento foi indeferido, concernente a adicional por tempo de serviço pago a maior a servidora de boa-fé, em que se presume ter havido interpretação errônea da lei por parte da Administração.

Decisão que afrontou acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial nº 1.244.182/PB, submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC/73.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Especial - Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar, nos termos do voto do relator, com o parecer. Por maioria, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Des. Claudionor, vencidos o Relator e os Desembargadores Marcos Brito, Odemilson Fassa, Nélcio Stábile e Alexandre Bastos que julgavam improcedente, contra o parecer.

Campo Grande, 1º de outubro de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de reclamação com pedido liminar proposta por Lígia Regina Ferreira Yule contra os juízes de direito da 1ª Turma Mista dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Mato Grosso do Sul, prolores do acórdão no Recurso Inominado nº 0809710-06.2016.8.12.0110, interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, por estar em contrariedade com o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

A reclamante alegou, resumidamente, que a Turma Recursal dos Juizados Especiais não observou o teor da orientação emanada do STJ, no julgamento do REsp 1.244.182/PB, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

Afirma também que o acórdão ignorou todos os precedentes da Corte Superior.

Ao final, a requerente pediu: (i) a admissão da reclamação com a concessão de liminar, suspendendo os descontos de valores de seu contracheque; (ii) o julgamento procedente da reclamação para cassar o acórdão prolatado pela 1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais, mantendo a sentença proferida pelo juízo de piso.

Às f. 277-79 foi concedido o pedido liminar para determinar a suspensão dos descontos na folha de pagamento da reclamante.

A parte beneficiária se manifestou às f. 288-296, arguindo preliminarmente a inadmissibilidade da reclamação. No mérito, defende sua improcedência.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às f. 300-307, pela improcedência da reclamação.

VOTO (06/08/2018)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de reclamação com pedido liminar proposta por Lígia Regina Ferreira Yule contra os juízes de direito da 1ª Turma Mista dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Mato Grosso do Sul, prolores do acórdão no Recurso Inominado nº 0809710-06.2016.8.12.0110, interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, por estar em contrariedade com o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

Da preliminar de não seguimento da reclamação

Argui o Estado de Mato Grosso do Sul que a presente reclamação seria inadmissível, uma vez que, segundo o regimento interno do Tribunal de Justiça, somente seria cabível ação de reclamação ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul de suas decisões.

A preliminar deve ser rejeitada.

De início, deve ser observado que a reclamação está prevista na Constituição Federal e tem como finalidade garantir a preservação da competência dos Tribunais e a autoridade de suas decisões. Assim estabelece o texto constitucional:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (...).”

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do EDcl no RE nº 571.572-8/BA, passou a entender que é do Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar a reclamação, ajuizada com fundamento no artigo 105, inciso I, alínea “f”, da CF, quando houver decisão de juizado especial cível que contrarie sua jurisprudência.

Observando a orientação emanada da Suprema Corte, foi editada a Resolução nº 12/2009 no âmbito do STJ, prevendo expressamente a possibilidade de propor reclamação para dirimir divergência entre acórdão da turma recursal e a jurisprudência do Tribunal. Confira-se:

“Art. 1º As reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil serão oferecidas no prazo de quinze dias, contados da ciência, pela parte, da decisão impugnada, independentemente de preparo.

§ 1º A petição inicial será dirigida ao Presidente deste Tribunal e distribuída a relator integrante da seção competente, que procederá ao juízo prévio de admissibilidade.

§ 2º O relator decidirá de plano reclamação manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicada, em conformidade ou dissonância com decisão proferida em reclamação anterior de conteúdo equivalente”.

Posteriormente, mas ainda no âmbito da competência do STJ, houve um estreitamento das hipóteses de cabimento da reclamação contra acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais, sendo ela admitida apenas nos seguintes casos: (i) divergência da decisão reclamada com precedentes proferidos em julgamento de recurso especial repetitivo ou com enunciado da súmula de sua jurisprudência; (ii) quando a divergência disser respeito à interpretação de texto normativo de natureza material; (iii) quando a divergência da decisão proferida no Juizado Especial Cível mostrar-se teratogênica.

Já com a entrada em vigor do CPC/2015, a Resolução nº 12/2009, do STJ foi revogada. Na novel sistemática processual, as hipóteses de cabimento da reclamação estão descritas no artigo 988, do CPC/2015, *verbis*:

“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

(...)

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II - proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”
– destacado.

Logo, além das hipóteses previstas no revogado CPC/1973, agora também se admite a reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso especial repetitivo, apenas condicionando seu cabimento ao esgotamento das instâncias ordinárias.

Já na sequência da entrada em vigor do CPC/2015, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução STJ/GP nº 3, de 07.04.2016 que dispõe:

“Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

Art. 2º Aplica-se, no que couber, o disposto nos arts. 988 a 993 do Código de Processo Civil, bem como as regras regimentais locais, quanto ao procedimento da reclamação”.

Em resumo, a competência para processar e julgar as reclamações contra acórdãos das Turmas Recursais dos Juizados Especiais que antes era do STJ, agora passou a ser dos Tribunais de Justiça locais.

Contudo, o texto da Resolução STJ/GP nº 3/2016 provocou uma ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação no âmbito dos juizados especiais, admitindo-a também quando houver divergência entre o acórdão prolatado pela turma recursal e enunciados de Súmulas, para garantir a observância de precedentes e em casos de decisões teratogênicas, situações estas que não estão previstas no CPC/2015.

Sobreleva destacar que a finalidade da reclamação é garantir a aplicação de “enunciados de Súmulas” bem como a “observância de precedentes”, de modo que ela somente deve ser admitida em caso de precedente que tenha alguma força vinculante.

Nesse sentido, lecionam Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello:

“Cabe reclamação quando qualquer ato de autoridade invade a competência ou desrespeita decisão do Tribunal (I e II), desobedece decisão tomada em controle de constitucionalidade concentrado (ADIn, AdeCon e ADPF), (III) desrespeita súmula vinculante, precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. Deve-se ter presente que, na terminologia usada pelo NCPC, casos repetitivos são os julgados no incidente de resolução de demandas repetitivas e em regime de recurso extraordinário e recurso especial repetitivos” (Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.415) – destacado.

Pedro Miranda de Oliveira também leciona que:

“(...) é imprescindível que a reclamação seja ajuizada para preservar decisão do STJ que tenha força de precedente e não para preservar qualquer entendimento, evitando-se, com isso, que a reclamação continue sendo como sucedâneo recursal do incabível recurso especial” (Cabral, Antonio do Passo, Ronaldo Cramer. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.461).

Nesse contexto, a reclamação somente deve ser admitida quando a decisão da Turma Recursal afrontar jurisprudência formada de precedentes de natureza vinculante, justamente porque sua função

é assegurar que os órgãos jurisdicionais de instância inferior apliquem os entendimentos firmados em julgamentos de observância obrigatória.

Diante de tudo que fora exposto, evidencia-se que a interpretação das hipóteses de cabimento da reclamação trazidas na Resolução STJ/GP nº 3/2016 deve ser feita em compatibilidade com o artigo 988, § 5º, inciso II, do CPC/2015, ou seja, para garantir a observância de súmulas e precedentes de natureza vinculante.

Na hipótese dos autos, a reclamante afirma que a decisão proferida no âmbito do Juizado Especial teria violado decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.244.182/PB, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o qual prescreve que, em caso de boa-fé pelo servidor público, deve ser respeitado os princípios da ampla defesa, contraditório e da boa-fé. Veja:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – ART. 46, CAPUT, DA LEI Nº 8.112/90 – VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO – BOA-FÉ DO ADMINISTRADO – RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei. 2. O art. 46, caput, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1244182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012).

Considerando que referido recurso especial foi julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, a reclamação amolda-se à hipótese de cabimento prevista no artigo 988, § 5º, inciso II, do CPC/2015, mormente porque foram efetivamente esgotadas as instâncias ordinárias.

Do mérito

Conforme relatado, o objeto da presente ação é a decisão proferida pela 1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais que deu provimento ao Recurso Inominado interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, declarando a legalidade do desconto unilateral de verbas indevidamente pagas a maior à Reclamante, nos seguintes termos:

EMENTA – RECURSO INOMINADO – FAZENDA PÚBLICA – AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO PAGO EM PATAMAR SUPERIOR AO DEVIDO – ENTE PÚBLICO QUE PARA REAVER O VALOR PAGO ACIMA DO PERMITIDO REALIZA DESCONTO UNILATERALMENTE – POSSIBILIDADE -DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.”

Analisando detidamente os autos, conclui-se que o caso é de improcedência da reclamação. Explico.

Como já explicitado acima, o Recurso Especial 1.244.182/PB, indicado como fundamento da presente ação, prescreve o seguinte:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – ART. 46, CAPUT, DA LEI Nº 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO – BOA-FÉ DO ADMINISTRADO – RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei. 2. O art. 46, caput, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1244182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012).

Da leitura do teor do acórdão citado, percebe-se que, a tese firmada pela Corte Superior refere-se a pagamento a maior feito pela Administração Pública a servidor público de boa-fé, resultante de erro na interpretação legislativa.

Contudo, não foi o ocorrido no presente caso. Veja que o pagamento a maior pela Administração Pública não decorreu de erro de interpretação da legislação, mas sim de erro operacional, erro no cálculo do percentual atinente ao adicional de tempo de serviço que a servidora teria direito.

Nesse contexto, evidencia-se que a decisão proferida no juizado especial não contraria o precedente acima citado.

Evidencia-se a natureza eminentemente recursal da pretensão da parte autora, o que não é admitido pela jurisprudência consolidada, não só desta Corte Estadual, mas também das Cortes Superiores. Veja:

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AGRAVO REGIMENTAL – RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO: OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE – PRETENSÃO DE REEXAME DA CAUSA – RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – INVIABILIDADE – NÃO PROVIMENTO. 1. Embargos de declaração interpostos com a finalidade de suprir omissão no acórdão prolatado em sede de Agravo Regimental. Ausência de demonstração da omissão indicada como hipótese de cabimento dos embargos de declaração. 2. Solução jurídica adotada na decisão reclamada convergente com a Súmula Vinculante 4. Aplicação equivocada da Súmula Vinculante. Inadmissibilidade da reclamação constitucional ajuizada com o propósito constituir sucedâneo recursal. 3. Embargos de declaração conhecidos e não providos.” (Rcl 8798 AgR-ED, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 07/02/2017, Processo Eletrônico DJe-033 Divulg 17-02-2017 Public 20-02-2017)

EMENTA – RECLAMAÇÃO – AÇÃO DE CONHECIMENTO – DECISÃO PROFERIDA PELA TURMA RECURSAL MISTA – PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO – ACOLHIDA JULGAMENTO DE ENCERRAMENTO DA FASE DO PROCESSO SEM EXAME DE MÉRITO. 1. Não pode ser admitido manejo da Reclamação como sucedâneo recursal, em conformidade com diretriz jurisprudencial dos tribunais superiores. 2. O art. 988, do NCPC, estabelece as hipóteses de cabimento da reclamação. Quando o texto legal alude à garantir a autoridade das decisões do tribunal (inciso II), quis referir-se à força obrigatória da coisa julgada, que somente alcança às partes no processo, individualmente

considerado. Daí porque inviável a reclamação por ofensa à decisão de tribunal proferida em outra lide, excepcionadas as hipóteses de decisões vinculantes (Súmulas e controle abstrato de constitucionalidade) e de demandas repetitivas, previstos nos incisos III e IV, do art. 988, do NCPC. (...) (TJMS. Reclamação nº 1405101-33.2017.8.12.0000, Juizado Especial de Dourados, Seção Especial - Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 31/07/2017, p: 16/08/2017)

Deste modo, entendo que a presente reclamação deve ser julgada improcedente, uma vez que não se identificou na decisão reclamada afronta à precedente vinculante do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, é necessária a fixação de honorários sucumbenciais em favor da parte vencedora, em consonância com recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu que, ante o novo rito da Reclamação, instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, são devidos os honorários advocatícios.

AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO – DIREITO ADMINISTRATIVO E DO TRABALHO – REMUNERAÇÃO – SÚMULAS VINCULANTES 37 E 42 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RECLAMAÇÃO – NOVO REGIME PROCESSUAL – CABIMENTO. 1. Não viola as Súmulas Vinculantes 37 e 42 decisão que, com base no Decreto nº 41.554/97 e Lei nº 8.898/94, ambos do Estado de São Paulo, garante a empregada pública cedida da Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília para a Faculdade de Medicina de Marília – FAMENA o percebimento de remuneração conforme índices estabelecidos pelo Conselho de Reitores das Universidades Estaduais de São Paulo – CRUESP. Precedentes. 2. O CPC/2015 promoveu modificação essencial no procedimento da reclamação, ao instituir o contraditório prévio à decisão final (art. 989, III). Neste novo cenário, a observância do princípio da causalidade viabiliza a condenação da sucumbente na reclamação ao pagamento dos respectivos honorários, devendo o respectivo cumprimento da condenação ser realizado nos autos do processo de origem, quando se tratar de impugnação de decisão judicial. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AG.REG. na Reclamação 24.417/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 07/03/2017, p. 24/04/2017)

Quanto aos honorários de sucumbência, o CPC/2015 estabeleceu que:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.”

Assim sendo, atendendo às peculiaridades que permeiam o caso, analisando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo

causídico, bem como o tempo gasto com o serviço, mostra-se razoável arbitrar os honorários sucumbenciais em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Conclusão

Ante o exposto, conforme o parecer ministerial, julgo improcedente a reclamação proposta por Lígia Regina Ferreira Yule. Consequentemente, revogo a liminar concedida.

Condeno a reclamante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.500,00, nos termos do art. 85, § 8º do Código de Processo Civil.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (5º vogal)

Peço vênica para abrir divergência.

De acordo com o douto Relator,

“(...) o pagamento a maior pela Administração Pública não decorreu de erro de interpretação da legislação, mas sim de erro de cálculo do percentual a que a servidora teria direito”.

Tal entendimento, segundo o nobre Relator, estaria escorado no recurso representativo da controvérsia (REsp nº 1.244.182/PB), de cuja ementa extrai-se o seguinte conteúdo:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – ART. 46, CAPUT, DA LEI Nº 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO – BOA-FÉ DO ADMINISTRADO – RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.

2. O art. 46, caput, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé.

3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de

que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.

4. Recurso afetado à seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

5. Recurso especial não provido.(G.n.).

É certo que Administração Pública, no exercício de sua autotutela, pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, sendo neste sentido o enunciado contido na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, na qual se baseou a Administração, para rever seu ato, *verbis*:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Todavia, tenho, a meu juízo, que, no presente caso, não se aplica a referida Súmula, porquanto não restou demonstrado que a servidora tenha recebido de má-fé a verba recebida, a maior, denominada “adicional por tempo de serviço”. A propósito, os valores recebidos a esse título possuem natureza alimentar, sendo presumida a boa-fé.

De fato, em tais casos, o Tribunal de Contas da União, consagrou o entendimento no sentido de que o servidor não tem a obrigação de devolver as verbas alimentares recebidas de boa-fé. Confirmam-se os seguintes enunciados:

Súmula TCU 106: O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.

Súmula TCU 249: É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

Reitere-se que, em casos tais, a boa-fé se presume, competindo à autoridade que decreta a nulidade do ato demonstrar a má-fé do servidor que auferiu de forma indevida o adicional por tempo de serviço, o qual se reveste de caráter alimentar.

Nesse sentido é o entendimento já pacificado no Superior Tribunal de Justiça, conforme se infere de diversos precedentes jurisprudenciais, entre eles o seguinte:

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA – VPNI – DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO – VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS POR SERVIDOR DE BOA-FÉ – RESTITUIÇÃO – DESNECESSIDADE.

1. O STJ firmou entendimento no sentido de que é incabível a devolução de valores pagos, por erro da Administração, ao servidor, diante da sua natureza alimentar e da presunção de boa-fé.

2. *Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.*

3. *Recurso Especial não provido.* (REsp 1701590/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 19/12/2017).

Desta feita, não tendo a Administração demonstrado a existência de indícios que poderiam gerar a convicção de que a servidora reclamante tenha recebido de má-fé os valores de adicional por tempo de serviço, a procedência desta Reclamação é medida que se impõe.

Observo, ainda, que a autora, tal qual o Estado de Mato Grosso do Sul, também se baseou no recurso representativo da controvérsia (REsp nº 1.244.182/PB), visto que, a seu ver, houve interpretação equivocada da lei, ao ser revisto o ato administrativo, caso em que é indevida a devolução dos valores alimentares recebidos a mais.

Ao que se infere dos autos, a reclamante recebeu, indevidamente, por iniciativa do Estado, percentual a maior de adicional por tempo de serviço. Posteriormente, de forma unilateral, sem o contraditório, o Estado anulou o ato, determinando o desconto parcelado em folha de pagamento dos valores recebidos a maior, o que gerou o ajuizamento da ação da servidora.

Em realidade, os autos não permitem saber se o Estado interpretou, ou não, equivocadamente a lei, ou se cometeu mero erro grosseiro, ao pagar o adicional, a maior, à servidora.

Ao Estado cabia o ônus de provar que houve mero erro de cálculo ou erro grosseiro, do qual não se desincumbiu, não sendo lícito exigir da servidora que devolva a verba recebida de boa-fé.

O fato é que o Estado passou a pagar o adicional de função, unilateralmente, sem participação da servidora, a qual não pode ser responsabilizada por eventual equívoco daquele.

Desse modo, o recurso representativo da controvérsia socorre a reclamante e não o Estado, de modo que procede a reclamação proposta.

De acordo com o art. 102, I, I, da Constituição Federal, a reclamação é uma medida de cunho constitucional para preservação da competência e garantia das decisões dos tribunais.

Na espécie, por sem dúvida que a 1ª Turma Recursal Mista, ao reformar a sentença de primeiro grau, dando provimento ao recurso do Estado, para que a reclamante restituísse os valores do adicional por tempo de serviço pagos a maior, afrontou o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial nº 1.244.182/PB, submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC/73.¹

Ante o exposto, dissentindo do voto do relator e do parecer do Ministério Público, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão proferida pela 1ª Turma Recursal Mista, que exorbitou do julgado do Superior Tribunal de Justiça, e, de consequente, restauro a sentença de f. 195-206, que acolheu o pedido formulado na ação de restituição de valores movida pela reclamante (f. 26/27), valores esses que foram descontados indevidamente na folha de pagamento da reclamante, inclusive aqueles que eventualmente tenham sido descontados no curso do processo, acrescidos de juros e correção monetária.

Condeno o Estado de Mato Grosso do Sul a pagar honorários advocatícios em prol do advogado da reclamante, cujo percentual será definido quando da liquidação do julgado (inciso II do § 4º do art. 85 do CPC/2015).

1 CPC/73: Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

Sem custas, por ser a fazenda pública isenta do seu pagamento, nos termos do regimento de custas do Estado.

O Sr. Des. João Maria Lós. (6º vogal)

Acompanho o voto do Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar. Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do Des. Sideni, após o relator e os desembargadores Marcos Brito, Marcelo Rasslan, Odemilson Fassa e Nélío Stáble julgarem improcedente e os desembargadores Claudionor Miguel e João Maria Lós julgarem procedente a reclamação. Os demais aguardam.

VOTO (03/09/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (7º vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de exame aprofundado dos elementos de convicção constantes dos autos.

Trata-se de reclamação manejada por Ligia Regina Ferreira Yule contra decisão proferida pela 1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de Mato Grosso do Sul nos autos do Recurso Inominado nº 0809710-06.2016.8.12.0110, ao argumento de afrontar entendimento dos Tribunais Superiores.

A lide originária tem por contornos ação de cobrança movida por servidor público estadual que teve descontados em sua folha de pagamento valores recebidos a maior, de boa-fé. Em primeiro grau de jurisdição, a pretensão foi acolhida, com o reconhecimento da ilegalidade dos descontos realizados unilateralmente pelo Estado, condenado este a restituir os valores à servidora, ao fundamento de seguir orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores. A 1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais proveu recurso do Estado de Mato Grosso do Sul e julgou improcedente a pretensão inicial.

Alega a reclamante que o acórdão contraria o tema 531 dos recursos repetitivos do STJ, no sentido de que:

“(...) Quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.”

O eminente relator votou pela improcedência do pleito, assentado que não se trataria, na hipótese, de recebimento de valores de boa-fé, posto que não houve erro de interpretação legislativa, mas de erro operacional no cálculo da parcela remuneratória, daí a distinção que impede a aplicação do tema 531. Em contraponto, inaugurou divergência o insigne vogal, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgando procedente a pretensão inicial.

Me chamou a atenção a observação trazida pela divergência, no sentido de que a servidora sequer foi notificada dos pagamentos a maior, bem como estaria evidenciada sua boa-fé, o que obsta a meu juízo a repetição de valores.

Com isso e após atenta análise do caderno processual, entendo que a reclamação merece guarida, alinhando-me à divergência, com a devida vênia aos que pensam de maneira diferente.

Com efeito, não vejo distinção entre erro de interpretação legislativa e erro operacional no cálculo de parcelas remuneratórias do servidor público. Numa e noutra hipótese, há pagamento de valores indevidos ao servidor. E a orientação jurisprudencial, sedimentada em julgamento de recursos repetitivos é que, nessa hipótese, verificada a boa-fé do servidor, esses pagamentos são irrepetíveis, tendo em vista tratar-se de verba de natureza alimentar.

A orientação sedimentada no tema 531, dos recursos repetitivos resulta da interpretação do disposto no art. 46, da Lei 8.112/90:

“Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado e pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.”

O tema 531 apenas repetiu entendimento há muito sedimentado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Referido tema, literal e isoladamente examinado, autoriza a interpretação levada a efeito pelo eminente Relator, no sentido de que apenas o pagamento a maior levado a efeito em função de interpretação equivocada da lei autorizaria a irrepetibilidade.

Contudo, referido tema, conquanto espelhe orientação sedimentada, não pode ser examinado literal e isoladamente, mas em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. E esta, sem nenhuma dúvida, reconhece maciçamente a irrepetibilidade de verbas alimentares recebidas de boa-fé por servidores públicos em decorrência de erro da Administração Pública, seja ela decorrente de equívoco na interpretação da lei ou mesmo de falha operacional.

Inclusive, o editorial “jurisprudência em teses”, daquela Corte, traz especificamente a hipótese de erro operacional da Administração:

“3) é indevida a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé, por servidor público ou pensionista, em decorrência de erro administrativo operacional ou nas hipóteses de equívoco ou má interpretação da lei pela administração pública. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - Tema 531)” (Edição nº 73: Servidor Público - Remuneração)

Nesse sentido, trago a lume recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ – SERVIDOR PÚBLICO – RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE POR ERRO OPERACIONAL DA ADMINISTRAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ – PRECEDENTES – SÚMULA 568/STJ – AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (...) 2. Além disso, percebe-se que a decisão agravada trouxe seu entendimento alicerçado em jurisprudências mais recentes. 3. Já o agravo trouxe, em seu bojo, jurisprudências mais antigas que não se coadunam com o atual. 4. Agravo interno não provido.” (AgInt no AREsp 1295872/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018)

“ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – RECEBIMENTO DE VALORES INDEVIDOS – ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO – ERRO OPERACIONAL – DEVOLUÇÃO – BOA-FÉ – DESCABIMENTO. 1. Incabível a devolução de valores recebidos de boa-fé pelo servidor público se o pagamento resultou de erro da administração. Essa solução é aplicável mesmo se o equívoco for consequência

de erro de cálculo ou falha operacional. Precedentes. 2. Recurso especial provido.” (REsp 1704810/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018)

“ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO – PAGAMENTO INDEVIDO POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO NO ENQUADRAMENTO – VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ – INDEVIDA A RESTITUIÇÃO – PROVIMENTO DO RECURSO – 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, “ao julgar o MS 19.260/DF, no dia 03/09/2014, da relatoria do Min. Herman Benjamin, decidiu, por unanimidade, ser descabida a devolução ao Erário de valores recebidos pelo servidor, nos casos em que o pagamento reputado indevido se deu por erro de cálculo ou operacional da Administração, o que evidencia a boa-fé objetiva do servidor no recebimento da verba alimentar” (AgRg no AREsp 766.220/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/11/2015). 2. No presente caso, verifica-se a existência de erro exclusivamente da Administração, consubstanciado no equivocado enquadramento da recorrente na Classe C, Nível I, da Tabela de Cargos e Salários de Professores do SECITEC, equiparando, por consequência, seu salário à remuneração de professor portador do título de mestre. Descabida, portanto, a devolução dos valores recebidos de boa-fé pela recorrente. 3. “O elemento configurador da boa-fé objetiva é a inequívoca compreensão, pelo beneficiado, do caráter legal e definitivo do pagamento” (REsp 1.657.330/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2017). 4. Recurso ordinário provido.” (RMS 55.045/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 10/04/2018)

“ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – INEXIGIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE ERRO ADMINISTRATIVO – VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE POR ERRO OPERACIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – RECEBIMENTO DE BOA-FÉ – NÃO É POSSÍVEL PRESUMIR A MÁ-FÉ DO SERVIDOR – DESCABIMENTO DA PRETENSÃO ADMINISTRATIVA DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES – AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É firme orientação desta Corte quanto à impossibilidade de restituição de valores pagos a Servidor Público de boa-fé, por conta de erro operacional da Administração Pública, em virtude do caráter alimentar da verba, como na hipótese dos autos. Precedentes: AgInt no AREsp. 418.220/DF, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 8.3.2017; AgRg no AREsp. 558.587/SE, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 14.8.2015. 2. Nessas hipóteses, a má-fé do Servidor não pode ser presumida. Se a Corte de origem é clara ao reconhecer que a Servidora não teve ingerência no ato praticado pela Administração, deve prevalecer a presunção da legalidade dos atos praticados pela Administração, reconhecendo o recebimento de boa-fé. 3. Agravo Interno do Estado Do Rio Grande do Sul a que se nega provimento.” (AgInt no AREsp 418.763/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

Diante dessa realidade, com todo o respeito aos que pensam de forma diversa, entendo que a melhor exegese do tema 531 do STJ é no sentido de irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público em decorrência de equívoco na interpretação da lei ou mesmo de erro ou falha operacional da administração, em conformidade com a jurisprudência há muito firmada por aquela Corte.

A par disso, também impressiona o caráter *manu militari* da Administração Pública em buscar a repetição dos valores pagos a maior, bem pontuadas pelos Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e João Maria Lós. Isso porque a atuação da Administração Pública está pautada no princípio da legalidade, o que exige a realização de certas formalidades procedimentais antes da prática de ato que implique em prejuízo de qualquer espécie contra terceiros, especialmente seus servidores públicos.

Nesta ordem de pensamento, o princípio do devido processo legal, no qual estão inseridos o contraditório e a ampla defesa, são inarredáveis à atuação da Administração pública nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, direito e garantia fundamental.

De sorte que, uma vez verificado o erro da Administração no pagamento de remuneração de servidores, o único caminho disponível é a instauração de procedimento Administrativo para apuração dos fatos, respeitado o contraditório e a ampla defesa, onde poderão ser apurados, inclusive, se os recebimentos ocorreram de má-fé, hipótese em que será lícito, como visto, a repetição dos valores, apurados neste procedimento.

A hipótese veiculada nos autos revela que a Administração não observou o princípio do devido processo legal, tampouco precedente de observância obrigatória do STJ, que estabelece a irrepetibilidade de valores recebidos de boa-fé por servidor público em decorrência de equívoco na interpretação da lei ou mesmo de erro ou falha operacional da administração.

À luz destas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar a divergência e julgar procedentes os pedidos veiculados na presente reclamação.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º vogal)

Retifico o meu voto para acompanhar o Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (8º vogal)

Acompanho o voto do Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (9º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Julgamento adiado para a próxima sessão, em face da convocação de novo membro para desempatar a votação, após o relator e os desembargadores Marcos Brito, Odemilson Fassa, Nélcio Stábile e Alexandre Bastos julgarem improcedente a reclamação, enquanto que os desembargadores Claudionor Miguel, João Maria Lós, Sideni, Fernando Mauro e Marcelo Rasslan, que retificou seu voto, terem julgado procedente.

VOTO (01/10/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (10º vogal)

Trata-se de reclamação com pedido liminar proposta por Lígia Regina Ferreira Yule contra acórdão proferido pela 1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, no Recurso Inominado nº 0809710-06.2016.8.12.0110, por estar em divergência com entendimento jurisprudencial consolidado do Superior Tribunal de Justiça.

O reclamante sustenta, em síntese, que (i) a lide originária refere-se à ação de cobrança movida pela ora reclamante em face do Estado de Mato Grosso do Sul em razão de descontos ilegalmente realizados de forma unilateral em sua folha de pagamento; (ii) em primeiro grau de jurisdição, a pretensão foi julgada procedente, contudo, em sede recursal, a 1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais deu provimento ao recurso nominado interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedente a pretensão de cobrança movida pela autora ora reclamante; (iii) nesse sentido,

1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais não observou o teor da orientação emanada do STJ, no julgamento do REsp 1.244.182/PB, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

O relator, Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, com o parecer, julgou improcedente a presente reclamação, sob o fundamento que no caso vertente o pagamento a maior pela Administração Pública decorreu de “erro operacional de cálculo”, o que afasta, portanto, a aplicação do aludido precedente, o qual menciona apenas se houver “erro de interpretação legislativa” seria possível impedir a restituição pela servidora pública dos valores recebidos, mesmo que indevidamente, a maior.

O Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte inaugurou divergência ao entender que a pretensão inicial da reclamação deveria ser julgada procedente, porquanto a Administração Pública não demonstrou que ocorreu mero erro de cálculo, sendo que a reclamante, por sua vez, comprovou que recebeu os valores de boa-fé.

Com efeito, extrai-se dos autos que a reclamante é servidora pública estadual, exercendo as funções de professora especialista em educação e professora-docência desde o ano de 1983.

Sendo assim, através da Resolução nº “P” - SED nº 2.460/14, de 16 de outubro de 2014, foi-lhe concedido adicional por tempo de serviço, nos termos do artigo 111, da Lei nº 1.102/90², na proporção de 45%.

Contudo, alega o Estado de Mato Grosso do Sul que verificou posteriormente que o adicional por tempo de serviço concedido na aludida porcentagem referente às matrículas 44996021 (professora especialista em educação) e 44996022 (professora docência) deveriam ter sido lançados na proporção, respectivamente, de 30% e 25% para os mencionados cargos que a reclamante exercia.

Nesse sentido, veja-se o teor do ofício nº 715/ATE/GAB/SED – 2 expedido pela Secretaria de Estado e de Educação às f. 133-134:

[...]

Informa-se, segundo a Superintendência de Administração de Pessoal/SED, que a servidora Ligia Regina Ferreira Yule, matrículas números 44996021 e 44996022, possuía uma diferença de restos a receber referente à adicional de tempo de serviço, conforme publicação no Diário Oficial nº 8.781, de 17 de outubro de 2014.

No momento da elaboração do cálculo, identificou-se que havia um lapso quando da implantação em 18/10/2014, ou seja, os quinquênios estavam lançados nas seguintes proporções:

- na matrícula nº 44996021, a servidora tinha direito total de ATS em 30% (trinta por cento), no entanto, passou a receber 45% (quarenta e cinco por cento) durante o período de 1º/10/2014 a 1º/4/2016, perfazendo uma diferença de 15% (quinze por cento) a mais do que o direito concedido.

- a matrícula nº 44996022, a servidora tinha direito ao total de ATS em 25% (vinte e cinco por cento), no entanto, passou a receber 45% (quarenta e cinco por cento) durante o período de 1º/10/2014 a 1º/4/2016, perfazendo uma diferença de 20% (vinte por cento) a mais do que o direito concedido.

2 Art. 111. O adicional por tempo de serviço é devido por quinquênio de efetivo exercício prestado ao Estado, incidente sobre o vencimento base do cargo. (Alterado pelo art. 4º da Lei nº 2.157, de 2000.)

A partir de 1º/5/2016 a folha de pagamento regularizou a situação com o percentual correto, em ambas as matrículas, e realizou o cálculo da diferença a ser descontado dentro do período que a servidora recebeu a maior, ou seja, os percentuais descritos acima e percebidos de 1º/10/2014 até 01/4/2016.

Esclarece-se, ainda, que os valores lançados para desconto no Sistema de Gestão de Pagamento de Diferença - SIGPAD estão em conformidade com a legislação que estabelece o desconto limitado a 25% (vinte e cinco por cento) da remuneração ou provento. Para melhor instrução das informações prestadas, seguem anexos, documentos comprobatórios do assunto. [...]

Ocorre que, em caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos – Resp nº 1.244.182 – Tema 531, firmou-se o entendimento de que não é devida a restituição de valores pagos a servidor público de boa-fé, por força da interpretação errônea ou má aplicação da Lei por parte da administração. Eis o representativo dessa controvérsia:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – ART. 46, CAPUT, DA LEI Nº 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO – BOA-FÉ DO ADMINISTRADO – RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.

2. O art. 46, caput, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé.

3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.

4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

5. Recurso especial não provido.³ (destaquei)

Colhe-se, ainda, do corpo do acórdão:

[...] Quanto ao ponto, tem-se que quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra descontos dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. [...] (grifei)

Destarte, confrontando o precedente trazido pela reclamante e o caso concreto apresentado, o acórdão proferido pela 1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais que entendeu devida a restituição ao erário pela servidora pública ora reclamante efetivamente contraria a jurisprudência qualificada do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que lhe foram atribuídos valores indevidos não por erro crasso da Administração, tal como um equívoco de cálculo, mas em virtude de razoável dúvida a respeito de interpretação de lei, sem que ela tenha contribuído para tal, de maneira que não há dúvida da boa-fé da servidora.

³ REsp 1244182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012.

Anoto, por oportuno, que nada obstante a Administração Pública não assumir expressamente que interpretou a lei de maneira equivocada, tal conclusão é possível de dessumir-se em razão do extenso tempo de serviço que a autora possuía, dos dois cargos que exercia, assim como em razão de o mencionado adicional por tempo de serviço ter sido implementado a partir de 1990, tendo sido alterado, posteriormente, pelo art. 4º da Lei nº 2.157, de 2000.

Ademais, infere-se que os adicionais por tempo de serviço quanto ao cargo de professora especialista em educação e de professora docência concedidos à reclamante, em que pese terem sido realizados no mesmo dia e através da mesma portaria, foram atribuídos em percentuais separadamente, conforme se observa dos documentos à f. 135-136 e 139-140.

Ora, dos supramencionados documentos, constata-se que o percentual que o Estado de Mato Grosso do Sul alega ter a autora ora reclamante recebido a maior refere-se à inclusão de apostilamento, o que reforça ainda mais a tese de que, de fato, ocorreu erro na interpretação da legislação quando da aprovação do ato administrativo, e não apenas em decorrência de mero erro operacional ou de cálculo.

Outrossim, tanto o percentual de desconto aplicado de ofício pela Administração Pública sob o argumento de exercício de poder de autotutela, quanto o valor apurado do que foi pago a maior, foram unilaterais, sem que a autora ora reclamante tenha tido qualquer oportunidade de ser ouvida ou de se defender.

É imperioso anotar que a boa-fé sempre se presume, como mencionado pelo julgador que inaugurou a divergência, de forma que eventual má-fé sempre deverá ser comprovada ao caso, o que não ocorreu na demanda ora discutida, razão pela qual inexistente qualquer direito do Estado de Mato Grosso do Sul à restituição dessas verbas.

Sendo assim, entendo que restou caracterizado violação à precedente vinculante do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do REsp nº 1.244.182/PB, submetido ao rito dos recursos repetitivos, porquanto devidamente demonstrado que o acórdão questionado entendeu ser devida a restituição de valores pagos a servidor público, independentemente da boa-fé, ainda que reconhecido, como no caso dos autos, que os valores recebidos a maior decorreram da má interpretação da lei por parte da Administração Pública, o que retira, por certo, a necessidade de devolução de valores pecuniários indevidamente pagos, posto que ao recebê-los o fez na aparência de serem corretos.

Na mesma esteira, também já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA – MORTE DE UM DOS IMPETRANTES – IMPOSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE HERDEIROS, FACULTADO O USO DAS VIAS ORDINÁRIAS – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – TOMADA DE CONTAS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – LEI Nº 8.443/92 – NORMA ESPECIAL EM RELAÇÃO À LEI Nº 9.784/99 – DECADÊNCIA, INOCORRÊNCIA – IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DE ATRASO NO PAGAMENTO DE VENCIMENTOS – DEVOLUÇÃO DE VALORES QUE, RETIDOS NA FONTE INDEVIDAMENTE PELA UNIDADE PAGADORA, FORAM RESTITUÍDOS PELA MESMA NO MÊS SEGUINTE – DÚVIDA QUANTO À INTERPRETAÇÃO DOS PRECEITOS ATINENTES À MATÉRIA – SEGURANÇA CONCEDIDA – 1. O mandado de segurança não admite a habilitação de herdeiros em razão do caráter mandamental do writ e da natureza personalíssima do direito postulado. Nesse sentido o recente precedente de que fui Relator, MS nº 22.355, DJ de 04.08.2006, bem como QO-MS nº 22.130, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 30.05.97 e ED-ED-ED-RE nº 140.616, Relator o Ministro Mauricio Corrêa, DJ de 28.11.97. 2. O processo de tomada de contas instaurado perante o TCU é regido pela Lei nº 8.443/92, que consubstancia norma especial em relação à Lei nº 9.784/99. Daí porque não se opera, no caso, a decadência administrativa. 3. A reposição, ao erário, dos valores percebidos pelos servidores torna-se desnecessária, nos

*termos do ato impugnado, quando concomitantes os seguintes requisitos: “i) presença de boa-fé do servidor; ii) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; iii) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; iv) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração.”*⁴. A dúvida na interpretação dos preceitos que impõem a incidência do imposto de renda sobre valores percebidos pelos impetrantes a título de juros de mora decorrentes de atraso no pagamento de vencimentos é plausível. A jurisprudência do TST não é pacífica quanto à matéria, o que levou a unidade pagadora a optar pela interpretação que lhe pareceu razoável, confirmando a boa-fé dos impetrantes ao recebê-los. 5. Extinto o feito sem julgamento do mérito quanto ao impetrante falecido, facultado o uso das vias ordinárias por seus herdeiros. Ordem concedida aos demais. (grifei)⁴

Do mesmo modo, confira-se a jurisprudência da Corte Superior e dos Tribunais Pátrios a respeito da aplicação do REsp nº 1.244.182/PB – Tema 531, julgado sob o rito dos recursos repetitivos em casos análogos:

*PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO INATIVO – PAGAMENTO A MAIOR DE VANTAGEM PECUNIÁRIA POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO – RECEBIMENTO DE BOA-FÉ – DESCABIMENTO DA PRETENSÃO ADMINISTRATIVA DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES – AGRAVO INTERNO DA UFPE A QUE SE NEGA PROVIMENTO – 1. A decisão agravada seguiu entendimento consolidado nesta Corte Superior no sentido de que não é devida a restituição dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público ou pensionista, em decorrência de equívoco ou má aplicação da lei pela Administração, ou ainda, por erro administrativo operacional, como é o caso dos autos. 2. O requisito estabelecido para a não devolução desses valores é sustentado diante da natureza alimentar dos valores pagos, bem como pela falsa expectativa do beneficiado de que tais valores são legais e definitivos, até porque os atos administrativos possuem a presunção de legalidade (REsp. 1.244.182/PB, 1S, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 19.10.2012; AgRg no REsp. 1.369.698/SE, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 25.6.2013; AgRg no AREsp. 74.372/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 27.2.2012). 2. Agravo Interno da UFPE a que se nega provimento.*⁵

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES – OFENSA AO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA – EX-COMBATENTE – PENSÃO – PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM – VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO – BOA-FÉ CONFIGURADA – 1. Hipótese em que a controvérsia não foi decidida de forma estreme de dúvidas, uma vez que ausente a análise a respeito de qual a norma aplicada para regular a pensão por morte. 2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o direito à pensão de ex-combatente é regulado pela norma vigente na data do falecimento deste. Precedentes: REsp 1.373.794/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19/6/2013; RMS 29.986/MA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 03/11/2014; REsp 612.090/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 6/8/2007; AgRg no REsp 904.283/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 29/6/2007; REsp 543.324/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 2/10/2006. 3. O STJ entende pela impossibilidade de efetuar o desconto de diferenças que foram pagas indevidamente a servidor ou pensionista em decorrência de interpretação errônea, equivocada ou deficiente da lei pela própria Administração Pública quando se constata que o recebimento pelo beneficiado se deu de boa-fé, como ocorreu no caso dos autos. Essa orientação foi

⁴ MS 25641, Rel., Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2007.

⁵ AgInt no AREsp 930.034/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 21/03/2017.

reafirmada no julgamento do REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19/10/2012, submetido ao rito dos Recursos Especiais repetitivos (art. 543-C do CPC). 4. Embargos de Declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar parcial provimento ao agravo regimental.⁶

RECLAMAÇÃO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – ACÓRDÃO DA OITAVA TURMA DE RECURSOS DA COMARCA DA CAPITAL – DEVOLUÇÃO AO ESTADO DE VALORES PERCEBIDOS DE BOA-FÉ POR SERVIDOR PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE ERRO DE DIREITO – AFRONTA A ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA, DEMONSTRADA – CABIMENTO – DECISÃO REFORMADA – RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO NEGADA – MEDIDA CONHECIDA E PROVIDA. Apontada contrariedade entre decisão exarada por Turma Recursal e acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, cabível a reclamação. Firmada a tese em recurso representativo de controvérsia, não há se falar em obrigatoriedade da devolução de valores percebidos indevidamente por servidor público, quando patente a sua boa-fé e o pagamento tenha ocorrido em decorrência de erro na interpretação de lei.⁷

APELAÇÃO – SERVIDORA PÚBLICA INATIVA DO MUNICÍPIO DE MAUÁ QUE LABOROU JUNTO AOS QUADROS DA CÂMARA MUNICIPAL – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – PAGAMENTO EFETUADO INDEVIDAMENTE ‘A MAIOR’ – DESCONTOS – AÇÃO DESCONSTITUTIVA OBJETIVANDO A CESSAÇÃO DOS DESCONTOS NA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA QUE PERCEBE INTENTADA EM FACE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAUÁ – PEDIDO, OUTROSSIM, DE MANUTENÇÃO DO VALOR DA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS – 1. Objeção. Ilegitimidade passiva ‘ad causam’. Não ocorrência, no caso. Câmara Municipal que, na hipótese, possui legitimidade para responder aos termos do feito conquanto é a responsável pelos descontos discutidos. Prejudicial repelida. 2. Mérito. Descontos realizados nos proventos de servidora. Verba a título de complementação de aposentadoria paga indevidamente. Equívoco da Administração na elaboração dos pagamentos da servidora. Inadmissibilidade do estorno, no caso, segundo jurisprudência majoritária deste e. TJ/SP, salvo se comprovada má-fé do beneficiário. Não configuração de locupletamento ilícito da servidora. Verba dita de ‘caráter alimentar’. Precedentes desta Corte. 3. Sentença mantida, majorada a honorária a que condenada a requerida a pagar, nos termos do § 11, do artigo 85, da lei adjetiva de 2015. Recurso não provido.⁸

Ante o exposto, acompanho o voto divergente e julgo procedente a presente reclamação para determinar a cassação da decisão proferida pela 1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais nos autos nº 0809710-06.2016.8.12.0110, restabelecendo, por conseguinte, a sentença proferida às f. 195-206 dos autos originários e condenando o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do artigo 85, § 4º, inciso II, do CPC⁹.

6 EDcl no AgRg no REsp 1371190/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 18/05/2016.

7 TJ-SC - RCL: 40044590720188240000 Guarimir 4004459-07.2018.8.24.0000, Relator: Alexandre d'Ivanenko, Data de Julgamento: 15/08/2018, Órgão Especial.

8 TJ-SP 10038213320148260348 SP 1003821-33.2014.8.26.0348, Relator: Oswaldo Luiz Palu, Data de Julgamento: 30/07/2018, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/07/2018.

9 Art. 85

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

(...)

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, nos termos do voto do relator, com o parecer. por maioria, julgaram procedente a reclamação, nos termos do voto do Des. Claudionor, vencidos o relator e os desembargadores Marcos Brito, Odemilson Fassa, Nélcio Stábile e Alexandre Bastos que julgavam improcedente, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Nélcio Stábile, Des. Alexandre Bastos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 1º de outubro de 2018.

1ª Seção Cível**Mandado de Segurança nº 1408163-47.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça****Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – PEDIDO DE REMOÇÃO DE SERVIDORA EFETIVA – CONVIVENTE DESTA (PROFISSIONAL LIBERAL) QUE, POSTERIORMENTE AO INGRESSO DA IMPETRANTE NO SERVIÇO PÚBLICO, ACEITOU NOMEAÇÃO EM CARGO COMISSIONADO EM OUTRA CIDADE – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL C/C O ART. 226, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ART. 36, III, PARÁGRAFO ÚNICO, “A”, DA LEI FEDERAL Nº 8.112/90 – TUTELA FAMILIAR – ATO DISCRICIONÁRIO – SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO – REQUISITOS PARA REMOÇÃO NÃO PREENCHIDOS – SEGURANÇA DENEGADA.

A remoção de servidor público para acompanhamento de cônjuge ou convivente, também servidor público, exige, obrigatoriamente, prévio deslocamento de qualquer deles no interesse da Administração.

Na hipótese *sub judice*, a referida exigência não se mostra presente, uma vez que o consorte da impetrante aceitou nomeação em cargo comissionado, ciente de que seria lotado em localidade distinta da de sua companheira, servidora pública efetiva.

Afasta-se a incidência do art. 226 da Lei Maior, como fundamento para deferimento de remoção de servidor público, na hipótese em que não se pleiteia a remoção para acompanhar cônjuge, que foi deslocado no interesse da Administração, mas sim que foi nomeado para ocupar cargo comissionado, tratando-se de ato discricionário, regido sob os critérios de conveniência e oportunidade, em que prevalece a supremacia do interesse público sobre o privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer oral.

Campo Grande, 5 de novembro de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Sueli Ribeiro de Carvalho Ramos, merendeira lotada na Escola Estadual Eduardo Batista Amorim, no Município de Ribas do Rio Pardo, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pela Secretaria de Estado Educação de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do

pedido de sua remoção para a Comarca de Água Clara, onde trabalha seu convivente desde 2017, ato publicado no Diário Oficial nº 9.665, de 29 de maio de 2018 (f. 25).

Alega, em síntese, que há mais de treze anos convive em união estável, exerce suas funções no Município de Ribas de Rio Pardo, enquanto seu convivente tem atuado no Município de Água Clara, em virtude de nomeação para o cargo de Procurador-Geral desse Município, razão pela qual vivem, atualmente, em uma situação de separação familiar, que lhes impõe despesas mensais com a manutenção de duas residências, além dos gastos com locomoção de um município para o outro.

Sustenta que, a teor do art. 37 da Constituição Estadual c/c o art. 226, *caput*, da CF e do art. 36 da Lei nº 8.112/90, possui direito líquido e certo de acompanhar seu companheiro, independentemente do interesse da Administração, com o escopo de conservar a unidade da integridade familiar, que se sobrepõe até mesmo ao interesse público.

Adiciona que a falta de pessoal na unidade escolar, argumento utilizado para o indeferimento de seu pedido, evidencia que a decisão foi pautada somente no interesse da Administração, ignorando a proteção especial devida à família.

Assevera que, havendo conflito entre os princípios da supremacia do Interesse Público e da Tutela à Família, a solução deve ser encontrada na prevalência deste último, uma vez que a unidade familiar é a base da sociedade e deve ser protegida sem qualquer restrição.

Requer o deferimento da medida liminar, sem audiência da parte contrária, determinando a imediata remoção da impetrante para exercer sua função no Município de Água Clara, preferencialmente na Escola Estadual Chico Mendes, perto de sua futura residência ou em qualquer outra Escola Estadual do Município de Água Clara, cominando-se pena à impetrada, caso não cumpra a determinação judicial, cuja multa diária deixa ao alvedrio deste relator.

Requer a concessão da segurança, confirmando-se a liminar.

Pede, por fim, os benefícios da Assistência Judiciária, por não ter condições de suportar as custas do processo, sob pena de comprometer o seu próprio sustento.

Atribui à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), anexando os documentos de f. 9 a 25.

O pedido de liminar foi indeferido, sem recurso das partes (f. 28-30).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações e defesa, sob o argumento de ausência do direito líquido e certo, em virtude da falta de interesse público, porquanto o convivente da impetrante ocupa cargo em comissão de natureza transitória.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer emanado do digno Procurador de Justiça, Dr. Olavo Monteiro Mascarenhas, opina pela concessão da segurança, com base no art. 226, *caput*, bem como no art. 37 da Constituição Estadual, o qual dispõe que:

“(...) ao funcionário ou servidor será assegurado o direito de remoção para igual cargo ou função no lugar de residência do cônjuge ou companheiro, se este também for funcionário ou servidor”.

VOTO (EM 05/11/2018)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Sueli Ribeiro de Carvalho Ramos, merendeira lotada na Escola Estadual Eduardo Batista Amorim, no Município de Ribas do Rio Pardo, contra ato praticado pela Secretária de Estado Educação de Mato Grosso do Sul, consistente no indeferimento do pedido de sua remoção para a comarca de Água Clara, onde trabalha seu convivente desde 2017, ato publicado no Diário Oficial nº 9.665, de 29 de maio de 2018 (f. 25).

Alega, em síntese, que há mais de treze anos convive em união estável, exerce suas funções no Município de Ribas do Rio Pardo, enquanto seu convivente tem atuado no Município de Água Clara, em virtude de nomeação para o cargo de Procurador-Geral desse Município, razão pela qual vivem, atualmente, em uma situação de separação familiar, que lhes impõe despesas mensais com a manutenção de duas residências, além dos gastos com locomoção de um município para o outro.

Sustenta que, a teor do art. 37 da Constituição Estadual c/c o art. 226, *caput*, da CF e do art. 36 da Lei nº 8.112/90, possui direito líquido e certo de acompanhar seu companheiro, independentemente do interesse da Administração, com o escopo de conservar a unidade da integridade familiar, que se sobrepõe até mesmo ao interesse público.

Adiciona que a falta de pessoal na unidade escolar, argumento utilizado para o indeferimento de seu pedido, evidencia que a decisão foi pautada somente no interesse da Administração, ignorando a proteção especial devida à família.

Assevera que, havendo conflito entre os princípios da supremacia do interesse público e da tutela à família, a solução deve ser encontrada na prevalência deste último, uma vez que a unidade familiar é a base da sociedade e deve ser protegida sem qualquer restrição.

Requer o deferimento da medida liminar, sem audiência da parte contrária, determinando a imediata remoção da impetrante para exercer sua função no Município de Água Clara, preferencialmente na Escola Estadual Chico Mendes, perto de sua futura residência ou em qualquer outra Escola Estadual do Município de Água Clara, cominando-se pena à impetrada, caso não cumpra a determinação judicial, cuja multa diária deixa ao alvedrio deste relator.

Requer a concessão da segurança, confirmando-se a liminar.

Pede, por fim, os benefícios da assistência judiciária, por não ter condições de suportar as custas do processo, sob pena de comprometer o seu próprio sustento.

Atribui à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), anexando os documentos de f. 9 a 25.

O pedido de liminar foi indeferido, sem recurso das partes (f. 28-30).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações e defesa, sob o argumento de ausência do direito líquido e certo, em virtude da falta de interesse público, porquanto o convivente da impetrante ocupa cargo em comissão de natureza transitória.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer emanado do digno Procurador de Justiça, Dr. Olavo Monteiro Mascarenhas, opina pela concessão da segurança, com base no art. 226, *caput*, bem como no art. 37 da Constituição Estadual, o qual dispõe que:

“(...) ao funcionário ou servidor será assegurado o direito de remoção para igual cargo ou função no lugar de residência do cônjuge ou companheiro, se este também for funcionário ou servidor”.

É o relatório, em breve síntese.

Do direito

Como visto no relatório, a impetrante, na qualidade de servidora pública estadual, na função de agente de merenda, atualmente lotada na Escola Estadual Eduardo Amorim, localizada no Município de Ribas do Rio Pardo/MS, requereu, administrativamente, a sua remoção para a Escola Estadual Chico Mendes, localizada no Município de Água Clara/MS, sob o argumento de que seu convivente foi nomeado para o cargo de Procurador-Geral do referido Município (Água Clara), e que a finalidade de seu pedido tem por escopo manter a unidade da integridade familiar (art. 37 da Constituição Estadual c/c o art. 226, *caput*, da CF, e do art. 36, parágrafo único, III, “a”, da Lei nº 8.112/90).

Tenho que a impetrante não dispõe do direito líquido e certo de obter a remoção para o Município de Água Clara, pelo fato de que o referido deslocamento não atende ao interesse da Administração Pública.

Com efeito, assim dispõe o art. 37 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, sobre o qual se apoia a impetrante para obter seu pedido:

*Art. 37. Ao funcionário ou servidor será assegurado o **direito de remoção** para igual cargo ou função no lugar de residência do cônjuge ou companheiro, se este também for funcionário ou servidor.* (G.n.).

A impetrante escora, ainda, o seu pedido no art. 226 da Constituição Federal, que assegura tratamento especial à unidade familiar, especificando, no § 3º do art. 227, os itens de tratamento especial, entre eles a “*garantia de direitos previdenciários e trabalhistas*” (inciso II).

A seu turno, o art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei 9.527, de 10.12.1997, prescreve:

*Art.36. Remoção é o deslocamento do servidor, **a pedido** ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.*

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

I - de ofício, no interesse da Administração;

II - a pedido, a critério da Administração;

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

*a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **que foi deslocado no interesse da Administração;*** (G.n.).

A impetrante, como visto, utiliza como argumento principal de seu pedido a “separação familiar” ocasionada pela posse do convivente como Procurador-Geral do Município de Água Clara, bem como “*despesas mensais com manutenção de duas residências, além de gastos com locomoção de um município para o outro*” (f. 2).

Ao que se infere do art. 36, parágrafo único, inciso III, letra “a”, da Lei nº 8.112/90, o direito à remoção do cônjuge pressupõe que ambos sejam servidores públicos e que o outro cônjuge tenha sido previamente “*deslocado no interesse da Administração*”.

Portanto, o pedido de remoção, nesses casos, ainda que fundado na proteção familiar, não é automático, pois é a própria lei de regência, reguladora desse direito, que estabelece como condição *sine qua non* que o cônjuge tenha sido “deslocado no interesse da Administração”.

No caso, esse interesse não houve, porquanto, como se apreende dos autos, a requerente é servidora lotada na Escola Estadual Eduardo Batista Amorim, em Ribas do Rio Pardo, desde o ano de 2014, exercendo a função de merendeira, enquanto seu convivente, Sr. Antonio Alves Bertulucci, profissão advogado, foi nomeado para ocupar o cargo de Provimento em Comissão no dia 6 de novembro de 2017. Ou seja, não houve deslocamento prévio do cônjuge da servidora, ora impetrante, muito menos no interesse da Administração.

Antes de aceitar o cargo, de natureza transitória, o consorte da impetrante e esta própria, por óbvio, tinham pleno conhecimento das implicações familiares que teriam com esta opção, em vista da distância que separa os Municípios de Ribas do Rio Pardo e Água Clara (em torno de 100 – cem – quilômetros). Logo, não podem invocar o art. 226 da Constituição Federal, pois que não houve interferência ou coação estatal alguma na decisão do cônjuge da impetrante de assumir cargo fora de seu domicílio.

O interesse do Estado em recusar a remoção, nessas circunstâncias, avulta ainda mais, à medida que tal deslocamento acarretaria transtornos à Administração, em virtude da “falta de pessoal”, como se verifica do parecer emanado da Diretoria da Escola, a saber:

Parecer de remoção da direção

Considerando a justificativa da servidora Sueli Ribeiro de Carvalho, cargo de agente de atividades educacionais, função agente de merenda, matrícula nº 84313022 da E.E. Eduardo Batista Amorim para Escola Estadual no Município de Água Clara – MS, a direção é de parecer desfavorável no momento à remoção da mesma da nossa unidade escolar para a unidade escolar estadual de Água Clara – MS, tendo em vista que a mesma é lotada no turno noturno, onde a mesma trabalha com outra Agente de Merenda, e não teremos outra servidora qualificada na mesma função para ajudar a agente de merenda que permanecerá a fazer a merenda para os alunos do noturno. (f 20). G.n.

Ribas do Rio Pardo-MS, 09 de maio de 2018.

a) Mônica Sueli de Oliveira – Diretora adjunta

Os precedentes jurisprudenciais mencionados pela impetrante não se amoldam à situação fática dos presentes autos, diferentemente daqueles colacionados pelo impetrado, pronunciados pelo Superior Tribunal de Justiça, a saber:

ADMINISTRATIVO – REMOÇÃO PARA ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE – ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III, A, DA LEI 8.112/90 – REQUISITOS.

1. Nos termos do art. 36, III, a, da Lei 8.112/90, o direito à remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro supõe que esse seja servidor público civil ou militar em determinada localidade e que tenha sido “deslocado no interesse da Administração”.

2. Não atende a esses requisitos a situação em que o cônjuge ou companheiro se mude para outra localidade a fim de assumir cargo público. Precedentes.

3. Recurso especial provido. (REsp 1302209/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 09/08/2012). Grifos no original (f. 42).

EMENTA – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE, QUE SE TRANSFERIRA A PEDIDO – DIREITO NÃO CONFIGURADO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que servidor público não tem direito à remoção para acompanhar cônjuge se este não foi deslocado por interesse da Administração. No caso, a esposa do autor se transferira a pedido.

2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp 1.404.339 – SE 2013/0311639-4, Rel.: Min. Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 17/10/2013, Segunda Turma). Grifos no original (f. 43).

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – REMOÇÃO EX-OFFICIO – ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III, “A”, DA LEI Nº 8.112/90 – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – CARÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO – INDEFERIMENTO.

1. (...)

2. A remoção para acompanhamento de cônjuge exige, obrigatoriamente, prévio deslocamento de qualquer deles no interesse da Administração, não sendo admitido qualquer outra forma de alteração de domicílio.

3. In casu, a referida exigência não se mostra presente, uma vez que a esposa, ora agravante, prestou concurso para cidade fora do domicílio do casal, e já sabia ela que seria lotada em outra localidade. Não se trata, portanto, de interesse da Administração. Agravo regimental improvido. RMS 31948/MA. (STJ. AgRg no Ag 1.318.796/RS. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julg. em 26.10.2010. DJe 9.11.2010). Grifos no original (f. 47).

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO – PEDIDO DE REMOÇÃO PARA COMARCA PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA – SITUAÇÃO INADEQUADA À LEGISLAÇÃO PERTINENTE – PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO.

1. Omissis;

2. Omissis;

3. Contudo, a tutela à família não é absoluta. Para que seja deferido o deslocamento do servidor pelo Judiciário, nos casos em que a pretensão for negada pela Administração, ele tem de comprovar que sua situação se subsume a uma das hipóteses taxativamente previstas para concessão do benefício quando inexistente interesse administrativo no ato.

4. Omissis.

5. A jurisprudência do STJ é rigorosa ao afirmar que a remoção requerida pelo recorrente para acompanhar cônjuge é ato discricionário, embasado sob os critérios de conveniência e oportunidade, em que prevalece a supremacia do interesse público sobre o privado.

6. In casu, não ficou devidamente demonstrado que sua situação se enquadra nos ditames legais pertinentes, de sorte que deve o seu pedido de remoção se submeter ao juízo de discricionariedade da Administração.

7. *Recurso Ordinário não provido.* (STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2010/0069231-0. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julg. 5.8.2010. DJe 14.9.2010). Grifos no original (f. 48).

Não é outra a orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

(...) II - a orientação desta Corte é no sentido de afastar a incidência do art. 226 da Lei Maior como fundamento para concessão de remoção de servidor público na hipótese em que não se pleiteia a remoção para acompanhar cônjuge, mas sim a lotação inicial de candidato aprovado em concurso público.

III - fixada pela Administração a lotação inicial do servidor, conforme regras previamente definidas no edital do concurso, inviável a remoção pretendida, sob pena, inclusive, de ingerência do Judiciário em assunto próprio da Administração Pública. IV Agravo regimental improvido. (RE 593.338 – ED, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 30.06.2011). Grifos no original (f. 47).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REMOÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO – ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – CONCURSO PÚBLICO – LOTAÇÃO INICIAL.

O Supremo Tribunal Federal, em caso análogo ao presente, afastou a incidência do art. 226 da Constituição do Brasil como fundamento da concessão de remoção de servidor público quando o feito, como ocorre nestes autos, refere-se não à remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro e sim à lotação inicial de candidato aprovado em concurso público, cujo edital previa expressamente a possibilidade de sua lotação em outros Estados da Federação. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 587.260, Rel. Min. Eros Grau, a Segunda Turma, DJe 23.10.2009). Grifos no original (f. 47).

Não bastasse isso, é vedado ao Poder Judiciário intrometer-se nas atribuições afetas exclusivamente ao Poder Executivo, sob pena de quebra da ordem constitucional, em detrimento do princípio da separação dos poderes, sobretudo porque a decisão administrativa impetrada deu-se conforme a conveniência e a oportunidade, elementos nucleares do poder discricionário da Administração, prevalecendo, neste caso, o interesse público em detrimento do interesse privado.

Ante o exposto, em contrariedade ao parecer do Ministério Público, denego a segurança.

Custas por conta da impetrante, cuja cobrança fica suspensa em virtude do deferimento do pedido de Assistência Judiciária Gratuita (art. 98, § 3º, CPC).

Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016, de 7.8.2009, da Súmula nº 512 do STF e da Súmula nº 105 do STJ.

A Sr^a. Dr^a. Marigô Regina Bittar Bezerra (Procuradora de Justiça)

Esta Procuradoria de Justiça opina denegação do mandado de segurança, ante a inexistência de ofensa a direito líquido e certo.

O Sr. Des. João Maria Lós. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer oral.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 5 de novembro de 2018.

4ª Câmara Cível**Apelação nº 0800405-29.2015.8.12.0014 - Maracaju****Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – PRELIMINAR – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO – MOTIVOS DA IRRESIGNAÇÃO APRESENTADOS – AFASTADA – MÉRITO – COMPROVAÇÃO DA MORA POR MEIO DE AVISO DE RECEBIMENTO DEVIDAMENTE ASSINADO, AINDA QUE NÃO PELO PRÓPRIO DEVEDOR – IMPOSSIBILIDADE DE VENDA DO BEM APREENDIDO ANTES DA CITAÇÃO DA PARTE REQUERIDA SOB PENA DE OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA – EXTINÇÃO DA AÇÃO – INCIDÊNCIA DE MULTA PREVISTA NO ARTIGO 3º, § 6º, DO DECRETO-LEI Nº 911/69 – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CONFIGURADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade, haja vista, ter restado evidente, na petição recursal, os motivos da irresignação da apelante, tanto que foram rechaçados nas contrarrazões à luz de fundamentos fáticos e jurídicos contrários.

Conforme jurisprudência deste Tribunal de Justiça, para a constituição em mora do devedor, na ação de busca e apreensão, é imprescindível a juntada do AR (aviso de recebimento) devidamente assinado pelo recebedor da correspondência, sendo ele ou não o devedor, para que se comprove a efetiva entrega no endereço constante do contrato firmado entre as partes.

Em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, para que seja promovida a venda antecipada do veículo objeto de busca e apreensão, necessária a citação do devedor, dando-lhe a oportunidade de pagamento da dívida, bem como apresentação de defesa. Caso contrário a sua participação no processo seria inútil, e corresponderia, também, à total ineficácia do artigo 3º, § 2º, do Decreto 911/69, que possibilita uma chance de retomada do bem pelo devedor.

Nos termos do artigo 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 911/69, segundo o qual: “(...) *Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.*”

Fica configurada a má-fé da instituição financeira, que agiu de modo temerário ao promover a venda antecipada do bem apreendido, antes mesmo da citação do devedor e sem lhe oportunizar a apresentação de defesa. Assim, o autor abusou de uma faculdade legal que lhe é concedida, em ofensa à boa-fé objetiva, justificando, também, a incidência da multa prevista no artigo 80, V, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastara a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. interpõe recurso de apelação por não se conformar com a sentença (f. 58-62 e 82-84) proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Maracaju na ação de busca e apreensão movida em desfavor de Diogo Mazzucatto Luz que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC/1973, condenou o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 e, após acolhidos os embargos de declaração opostos pelo requerido ainda,

“(...) (i) aplicar, em desfavor da instituição financeira, a multa prevista no artigo 3º, §6º, do decreto-lei nº 911, de 1º.10.1969; (ii) aplicar, também em desfavor da instituição financeira, multa por litigância de má-fé, equivalente a 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, devidamente atualizado; e (iii) determinar a restituição do valor depositado nos autos para o embargante.”

A apelante, em suas razões recursais (f. 87-98), alega, em síntese, que em dezembro/2012 firmou contrato de financiamento com o requerido, para aquisição de veículo alienado fiduciariamente, no valor de R\$ 13.500,00, para ser pago em 36 prestações no valor de R\$ 685,49. Entretanto, as parcelas vencidas a partir de 27/11/2014 deixaram de ser adimplidas, o que motivou o ingresso da presente ação.

Aduz que, não foi promovido o pagamento da integralidade da dívida 5 dias após o cumprimento da liminar de busca e apreensão e o bem foi vendido em leilão, sendo desnecessária a autorização judicial para tal.

Sustenta que:

“(...) não houve nos autos do processo proibição de alienação do bem antes da sentença final. É que, como se observa, deferida a liminar, quando do cumprimento da mesma, teve a Apelada o prazo para quitar o seu débito e, conseqüentemente teria o bem restituído, mas não ocorreu no prazo acima e a apelante teve consolidado a posse e a propriedade plena e exclusiva do bem em suas mãos, consoante preconizado no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, com as alterações da Lei nº 10.931/04.” (f. 90)

Pleiteia o afastamento da condenação ao pagamento de multa (que deveria ser pleiteada em ação autônoma), assim como em litigância de má-fé.

Requer, ao final, o provimento do presente recurso, reformando-se integralmente a sentença proferida em primeira instância.

O apelado, em suas contrarrazões recursais (f. 102-107), suscita a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (Relator)

Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. interpõe recurso de apelação por não se conformar com a sentença (f. 58-62 e 82-84) proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Maracaju na ação de busca e apreensão movida em desfavor de Diogo Mazzucatto Luz que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC/1973, condenou o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 e, após acolhidos os embargos de declaração opostos pelo requerido ainda,

“(...) (i) aplicar, em desfavor da instituição financeira, a multa prevista no artigo 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 911, de 1º.10.1969; (ii) aplicar, também em desfavor da instituição financeira, multa por litigância de má-fé, equivalente a 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, devidamente atualizado; e (iii) determinar a restituição do valor depositado nos autos para o embargante.”

A apelante, em suas razões recursais (f. 87-98), alega, em síntese, que em dezembro/2012 firmou contrato de financiamento com o requerido, para aquisição de veículo alienado fiduciariamente, no valor de R\$ 13.500,00, para ser pago em 36 prestações no valor de R\$ 685,49. Entretanto, as parcelas vencidas a partir de 27/11/2014 deixaram de ser adimplidas, o que motivou o ingresso da presente ação.

Aduz que, não foi promovido o pagamento da integralidade da dívida 5 dias após o cumprimento da liminar de busca e apreensão e o bem foi vendido em leilão, sendo desnecessária a autorização judicial para tal.

Sustenta que:

“(...) não houve nos autos do processo proibição de alienação do bem antes da sentença final. É que, como se observa, deferida a liminar, quando do cumprimento da mesma, teve a apelada o prazo para quitar o seu débito e, conseqüentemente teria o bem restituído, mas não ocorreu no prazo acima e a apelante teve consolidado a posse e a propriedade plena e exclusiva do bem em suas mãos, consoante preconizado no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, com as alterações da Lei nº 10.931/04.” (f. 90)

Pleiteia o afastamento da condenação ao pagamento de multa (que deveria ser pleiteada em ação autônoma), assim como em litigância de má-fé.

Requer, ao final, o provimento do presente recurso, reformando-se integralmente a sentença proferida em primeira instância.

O apelado, em suas contrarrazões recursais (f. 102-107), suscita a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, o improvimento do recurso.

Consta dos autos que Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A ingressou com a presente demanda em desfavor de Diogo Mazzucatto Luz alegando, em síntese, que:

“(...) as partes entabularam o contrato de financiamento nº 20019570785 em 27.12.2012, por meio do qual o autor concedeu ao réu um crédito de R\$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), a ser restituído em 36 (trinta e seis) prestações de R\$ 685,49 (seiscentos e oitenta e cinco reais e quarenta e nove centavos) cada, vencendo a primeira em 27.1.2013, e a última em 27.12.2015. O financiamento, segundo consta, destinava-se à aquisição do veículo Dodge Dakota Sport CE 3.9, 2000, chassi 937HL22MAY3502969, placa HSD5522, sobre o qual foi constituída alienação fiduciária em favor da instituição financeira. Afirma o autor, no entanto, que o réu deixou de cumprir suas obrigações ao não pagar as prestações vencidas a partir de 27.11.2014, e que o valor devido na data do ajuizamento era de R\$ 8.729,34 (oito mil, setecentos e vinte e nove reais e trinta e quatro centavos).”

O feito foi extinto, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC/1973, tendo o magistrado considerado que o devedor não havia sido devidamente constituído em mora, pois não consta nos autos o aviso de recebimento (AR) comprovando a entrega da notificação extrajudicial acerca do débito pendente de pagamento. (f. 58-62)

O requerido opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos nos seguintes termos:

“Ante todo o exposto, acolho os embargos de declaração opostos por Diogo Mazzucatto Luz, e o faço para (i) aplicar, em desfavor da instituição financeira, a multa prevista no artigo 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 911, de 1º.10.1969; (ii) aplicar, também em desfavor da instituição financeira, multa por litigância de má-fé, equivalente a 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, devidamente atualizado; e (iii) determinar a restituição do valor depositado nos autos para o embargante. No mais, a sentença antes proferida permanece como lançada.” (f. 84)

A instituição financeira interpôs recurso de apelação requerendo o afastamento da multa prevista no artigo 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 911, de 1º.10.1969¹, assim como por litigância de má-fé. O apelado, por seu turno, nas contrarrazões recursais, pugna pelo não conhecimento do recurso, alegando ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pelo improvimento do apelo.

Da preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade.

O apelado, nas contrarrazões recursais, pleiteia o não conhecimento do recurso, por afronta ao princípio da dialeticidade.

A insurgência não procede considerando que se inferem da petição recursal os motivos da irresignação do apelante, tanto que foram todos rechaçados nas contrarrazões recursais.

Ainda, o recorrente expôs de forma satisfatória os motivos pelos quais a decisão deve ser reformada, tendo o inconformismo se baseado, em síntese, nas afirmações de que o devedor foi regularmente constituído em mora, por meio de correspondência enviada ao seu endereço, assim como possível a venda do bem objeto de busca e apreensão 5 dias após a efetivação da liminar, mesmo sem autorização judicial. Diante disso, requereu o afastamento da condenação ao pagamento de multa prevista no Decreto-Lei nº 911/69 e por litigância de má-fé.

Desse modo, não há que se falar em ofensa à dialeticidade recursal.

Passo à análise do mérito recursal.

Da busca e apreensão.

O apelante, primeiramente, sustenta que o devedor foi validamente constituído em mora, por meio de notificação extrajudicial.

Razão não lhe assiste, pois a autorização legal para a notificação do devedor, nos contratos de alienação fiduciária, por meio de simples correspondência (e não apenas por notificação extrajudicial remetida por cartório), com aviso de recebimento, não tem o condão de permitir que a modalidade de comunicação prevista na lei possa ser substituída por mero telegrama, ou quando não houver comprovação da assinatura de quem recebeu a correspondência.

¹ Art. 3º (...) § 6º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.

Desse modo, permanece a exigência de que a correspondência seja remetida por meio de carta registrada e que o recebedor aponha sua assinatura, conforme previsto no art. 2º, § 2º, do DL 911/69, alterado pela Lei nº 13.043/2014:

“Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)”

§ 1º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes.

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. (grifei)

Frise-se, há uma diferença em garantir o cumprimento das formalidades previstas na lei e a sua interpretação formalista.

Isso porque, na primeira situação, o julgador respeita os limites impostos na legislação, para que o ato ou negócio jurídico albergado pela norma tenham o mínimo de segurança para as partes envolvidas. Na segunda hipótese, o aplicador da lei não permite que a norma seja analisada em conformidade com os seus fins, interpretando-a literalmente.

No caso dos autos, o respeito à formalidade, no que tange à necessidade de recebimento da notificação, pelo devedor, não é mero formalismo, levando-se em conta que a regra tem como finalidade garantir que o devedor fiduciário seja efetivamente cientificado do débito, pois esse requisito é essencial para a comprovação da mora.

Assim, mesmo não se exigindo que a assinatura na notificação seja do devedor, a correspondência deverá conter aquela de quem a recebeu, e não apenas uma referência nesse sentido, pelo funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Na presente situação foi apresentado o comprovante de postagem da correspondência, sem, contudo, que fosse comprovado o recebimento da mesma, por meio de AR assinado pelo recebedor, no endereço constante do contrato de financiamento estabelecido entre as partes, ainda que por pessoa diversa do devedor.

Feitas essas ponderações, verifica-se que a agravada não cumpriu as formalidades exigidas para a constituição em mora, razão pela qual a busca e apreensão não pode ser deferida, nessas condições.

A propósito, já se manifestou este Tribunal:

“(…) Tal como vem decidindo este Tribunal de Justiça, é imprescindível a juntada do AR (aviso de recebimento) devidamente subscrito pelo receptor da correspondência, sendo ele ou não o devedor; já que a notificação não precisa ser pessoal, mas há de ser comprovada a efetiva entrega no endereço.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1402519-26.2018.8.12.0000, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 05/06/2018, p: 08/06/2018)

“(...) Nos termos do art. 2º, § 2º, do DL 911/69, alterado pela Lei nº 13.043/2014, exige-se que a notificação seja remetida por meio de carta registrada, e que o recebedor aponha sua assinatura. Mesmo que a assinatura na notificação não deva ser necessariamente do devedor, a correspondência deverá conter a assinatura de quem a recebeu, e não apenas uma referência nesse sentido.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1411473-95.2017.8.12.0000, Amambai, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 20/11/2017, p: 23/11/2017)

“(...) Nos termos do art. 2º, § 2º, do DL 911/69, alterado pela Lei nº 13.043/2014, exige-se que a notificação seja remetida por meio de carta registrada, e que o recebedor aponha sua assinatura. Mesmo que a assinatura na notificação não deva ser necessariamente do devedor, a correspondência deverá conter a assinatura de quem a recebeu, e não apenas uma referência nesse sentido, pelo funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1404305-42.2017.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 11/07/2017, p: 13/07/2017)

Assim, repita-se, a correspondência emitida pela agravada não se presta a constituir o devedor em mora, pois nos termos do artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69 a notificação deve ser remetida por meio de carta registrada em que contenha a assinatura do recebedor, ainda que não seja a do devedor, o que não se deu na presente situação.

Logo, acertado o entendimento adotado na sentença no sentido de que:

“(...) se não há prova de recebimento da notificação, não há como afirmar que o réu estava constituído em mora por ocasião do ajuizamento. E se não estava constituído em mora, falta o preenchimento de pressuposto processual específico para o ajuizamento da ação, o que determina, ainda que já ocorrida a busca e apreensão do bem alienado e a citação da parte demandada, a extinção do feito sem exame de mérito, com imediata revogação da liminar.” (f. 60)

Ademais, também se verifica que o apelado, promoveu o pagamento da integralidade do débito (parcelas vencidas e vincendas), conforme cálculos apresentado na petição inicial do autor (f. 44).

Vale frisar, no momento em que houve a busca e apreensão do veículo o requerido não pode ser citado, estando o bem na posse de terceiros, porquanto o devedor estava trabalhando na lavoura em propriedade rural. Eis o teor da certidão:

“Certifico e dou fé que eu, oficial de justiça, ao final assinado, em cumprimento ao mandado acima mencionado, dirigi-me aos endereços, nas datas, horas e locais abaixo mencionados, e ali estando procedi a busca e apreensão do veículo indicado no mandado, conforme auto de busca apreensão, remoção e depósito em anexo. Sendo que o veículo encontrava-se em posse de terceiro Sr. Genésio Fragoso Miguel. Dirigi-me em diligência a fim de citar o requerido, sendo informada pelo Sr. Amauri Mazzucatto, de que o executado não se encontra mais ali, estando o mesmo agora trabalhando com o irmão na lavoura, não sabendo informar o endereço certo do executado, deixou somente um telefone de contato: 9279-4310, onde não logrei êxito em localizar o executado, motivo pelo qual, deixei de citar Diogo Mazzucatto Luz. Portanto, devolvo a presente ordem judicial ao cartório para os devidos fins. (...)”

Ainda assim, mesmo sem o que contratante tivesse sido devidamente citado, foi promovida a venda do automóvel apreendido e sem que o juízo fosse comunicado do fato.

A ausência de citação da parte requerida impede a autorização de venda do bem apreendido, em vista do risco de lesão aos princípios da ampla defesa e contraditório.

Ou seja, executando-se a liminar de apreensão do veículo e promovendo-se a venda antecipada do bem, sem o conhecimento do devedor fiduciante, sequer lhe é dada a chance de apresentar defesa, promover o pagamento do débito ou se insurgir contra possíveis irregularidades, como se deu na presente situação, em que ficou demonstrada a falha na notificação extrajudicial e na constituição em mora.

A propósito:

*“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – IMPOSSIBILIDADE DA VENDA ANTECIPADA SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO – AUSÊNCIA DE ARGUMENTO CAPAZ DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. **A alienação antecipada do bem, pelo credor fiduciário, não pode ser admitida antes da citação do devedor, justamente para oportunizar a ele o pagamento do débito, nos termos do que prevê o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 91/69. Precedentes Não trazendo a agravo regimental qualquer argumento novo, capaz de ensejar a modificação do entendimento proferido, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe.**”* (TJMS. Agravo Regimental nº 1404219-42.2015.8.12.0000, Nioaque, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 30/11/2015, p: 03/12/2015) – grifei.

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – **VENDA DO BEM – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA DEVEDORA – IMPOSSIBILIDADE** – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. **Correto o entendimento do juízo em preservar o direito de defesa e o bom andamento do processo, evitando a expropriação sumária do veículo sem a observância do devido processo legal. Não se olvide que, de forma frequente, ocorre o refinanciamento do veículo ou a concordância, pelo credor, com os valores pagos pelo devedor, no prazo da defesa. Portanto, irrepreensível a decisão de primeiro grau.**”* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1401853-25.2018.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 04/04/2018, p: 09/04/2018) – grifei

Portanto, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, para que seja promovida a venda antecipada do veículo objeto de busca e apreensão, imprescindível a citação do devedor para que lhe seja dada a oportunidade de pagamento da dívida – no caso, o valor integral (prestações vencidas e vincendas), bem como apresentação de defesa. Caso contrário a sua participação no processo seria inútil, e corresponderia, também, à total ineficácia do artigo 3º, § 2º, do Decreto 911/69, que possibilita uma chance de retomada do bem pelo devedor.

Cabe mencionar que, na situação em análise, antes mesmo de se promover a citação do requerido, a parte se manifestou nos autos, apresentou sua contestação, assim como o comprovante de depósito dos valores indicados pelo credor na petição inicial, promovendo a quitação do débito pendente de pagamento.

Diante disso, considerando a situação narrada, acertado o posicionamento adotado na sentença, inclusive quanto à imposição da multa prevista no artigo 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 911/69, segundo o qual:

“(…) Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.”

A propósito:

“(...) Quando ocorre a apreensão do veículo e o processo é julgado improcedente, incide a penalidade prevista no parágrafo 6º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor financiado, devidamente atualizado, desde que não seja possível devolver o bem apreendido.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410277-90.2017.8.12.0000, Corumbá, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 21/02/2018, p: 23/02/2018)

Do mesmo modo, configurada a má-fé da instituição financeira, que agiu de modo temerário ao promover a venda antecipada do bem apreendido, antes mesmo da citação do devedor e sem lhe oportunizar a apresentação defesa. Assim, abusou de uma faculdade legal que lhe é concedida, em ofensa à boa-fé objetiva, justificando a incidência da multa prevista no artigo 80, V, do CPC/2015¹, conforme entendimento adotado em primeira instância.

Em face do exposto, afasto a preliminar de não conhecimento do recurso suscitada em contrarrazões recursais e, no mérito, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A.

Por fim, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/2015², fixo os honorários recursais em favor do advogado da parte requerida, no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais), majorando aqueles estabelecidos na sentença, considerando a complexidade da matéria debatida no recurso, o lapso de tempo necessário ao julgamento e a relevância da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

1 Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (...) V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

2 Art. 85. (...) § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0808991-26.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CARÁTER SUPLETIVO – CABIMENTO NA AUSÊNCIA DE CONVENÇÃO – EXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE CONTRATO COM CLÁUSULA REGULAMENTANDO A HIPÓTESE DE RESILIÇÃO – RECURSO DO RÉU PROVIDO – RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO.

Na forma do § 2º do art. 22 do Estatuto da Advocacia, o arbitramento judicial de honorários advocatícios tem caráter supletivo e só tem cabimento na ausência de cláusula contratual firmada entre as partes.

Constatado, no caso concreto, a existência clara e indubitosa da estipulação contratual sobre a forma de percepção da remuneração do advogado na hipótese de resilição do contrato, torna-se incabível o arbitramento judicial de honorários advocatícios sobre eventual proveito econômico que poderia obter se a avença permanecesse, notadamente quando o advogado recebeu, ao longo da execução do contrato, e de forma regular, os honorários contratuais na forma estabelecida na avença, por etapas e ao longo do desenvolvimento da relação processual onde atuou na qualidade de advogado do banco contratante.

Não se aplica, no caso, a teoria da perda de uma chance, que está fundada em ato ilícito praticado por uma das partes, responsabilidade civil, não incidindo, portanto, nas relações contratuais em que a resilição do contrato se deu por força de cláusula expressa que permitia essa forma de agir por qualquer dos contratantes sem que esse fato, de exercício regular de um direito previsto na avença, possa se constituir em ato ilícito, mas sim direito decorrente da força obrigatória dos contratos, cujos termos se constitui em lei entre as partes.

Recurso do banco conhecido e provido. Recurso do autor prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso de Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados S/S. Por maioria, dar provimento ao recurso do Banco Bradesco S.A., nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal que lhe negava provimento. Julgamento de acordo com o art. 942, do CPC.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator, em subst. Legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de duas apelações, uma interposta às f. 946-876 pelo Banco Bradesco S/A e outra por Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados S/S às f. 1018-1026, insurgindo-se contra a sentença de f. 880-886, proferida pelo juiz da 2ª vara cível de Campo Grande, MS, Dr. Paulo Afonso de Oliveira, que, na ação de arbitramento de honorários advocatícios que o segundo move em face do primeiro, julgou procedente o pedido para arbitrar: a) o pagamento de R\$ 262,92 (duzentos e sessenta e dois reais e noventa e dois centavos), atualizados monetariamente desde a celebração do acordo (18 de maio de 2016) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, devendo ser subtraído deste montante eventual valor depositado na conta bancária da requerente; e b) o pagamento de R\$ 438,00 (quatrocentos e trinta e oito reais), atualizados monetariamente desde a rescisão do contrato entabulado (14 de abril de 2016), acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, devendo ser subtraído deste montante eventual valor depositado na conta bancária da requerente.

O banco apelante pede a nulidade da sentença por julgamento *extra petita* no que tange ao arbitramento de R\$ 438,00 (quatrocentos e trinta e oito reais) pelos serviços em sede de embargos de devedor. No mérito, defende a improcedência da pretensão autoral, eis que a sociedade de advogados viola o princípio da boa-fé objetiva ao pedir honorários advocatícios convencionais em afronta ao que restou ajustado no contrato celebrado (*venire contra factum proprium*).

Por sua vez, a autora apelante postula em seu recurso a majoração dos valores dos honorários advocatícios arbitrados.

Contrarrazões às f. 1044-1074 e f. 1075-1089.

VOTO (EM 31/10/2018)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Trata-se de duas apelações, uma interposta às f. 946-876 pelo Banco Bradesco S/A e outra por Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados S/S às f. 1018-1026, insurgindo-se contra a sentença de f. 880-886, proferida pelo juiz da 2ª vara cível de Campo Grande, MS, Dr. Paulo Afonso de Oliveira, que, na ação de arbitramento de honorários advocatícios que o segundo move em face do primeiro, julgou procedente o pedido para arbitrar: a) o pagamento de R\$ 262,92 (duzentos e sessenta e dois reais e noventa e dois centavos), atualizados monetariamente desde a celebração do acordo (18 de maio de 2016) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, devendo ser subtraído deste montante eventual valor depositado na conta bancária da requerente; e b) o pagamento de R\$ 438,00 (quatrocentos e trinta e oito reais), atualizados monetariamente desde a rescisão do contrato entabulado (14 de abril de 2016), acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, devendo ser subtraído deste montante eventual valor depositado na conta bancária da requerente.

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos¹ do CPC, o d. juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

¹ Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:

I - os nomes e a qualificação das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;

IV - o pedido de nova decisão.

§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.

§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

Os recursos são tempestivos e estão preparados.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Tem razão o banco apelante ao pleitear a improcedência do pedido inicial.

Recentemente, em ação idêntica proposta pela mesma banca de advogados em face também do Banco Bradesco, só que tendo por objeto arbitramento de honorários em razão de outra execução e embargos de devedor, esta Quarta Câmara Cível manteve a sentença de improcedência sob o fundamento de que:

(...) a existência clara e indubitosa da estipulação contratual sobre a forma de percepção da remuneração do advogado na hipótese de rescisão do contrato, torna-se incabível o arbitramento judicial de honorários advocatícios sobre eventual proveito econômico que poderia obter se a avença permanecesse, notadamente quando o advogado recebeu, ao longo da execução do contrato, e de forma regular, os honorários contratuais na forma estabelecida na avença, por etapas e ao longo do desenvolvimento da relação processual onde atuou na qualidade de advogado do banco contratante” (TJMS. Apelação nº 0809163-65.2017.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, j: 27/06/2018, p: 29/06/2018).

E não há motivos para se adotar outro entendimento aqui, pois, conforme dito, as demandas são idênticas sob o aspecto jurídico, envolvendo inclusive os mesmos litigantes e o mesmo contrato de prestação de serviços jurídicos, apenas com a observação de que naquela os honorários referiam-se ao processo executivo nº 0018532-92.2012.8.12.0001 e respectivos embargos de devedor, ao passo que aqui relacionam-se à Ação de Execução autuada sob o nº 0016808-53.2012.8.12.0001 e respectivos embargos de devedor.

Com efeito, segundo o § 2º do art. 22 do Estatuto da Advocacia, o arbitramento em juízo só tem cabimento na ausência de contrato convencionando honorários entre o advogado e a outra parte. Confira-se:

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Ou seja, existindo estipulação, por contrato escrito, não tem lugar a fixação dos honorários por arbitramento judicial.

In casu, foi convencionada cláusula prevendo que a remuneração pelos préstimos contratados seria de 10% sobre o valor efetivamente recebido ao término de cada processo, ou seja, o importe a ser recebido dependia do êxito no recebimento do crédito.

Confira-se o teor da cláusula 6.11 do contrato anexado às f. 40-74:

“(...) 6.11. Na recuperação final, a contratada fará jus ao recebimento dos honorários equivalentes a 10% (dez por cento) os quais incidirão sobre o valor efetivamente recebido ou sobre o valor do bem, aquele que for menor, conforme o caso, de acordo com o estabelecido nas cláusulas 6.11.1 e 6.21 abaixo, descontando-se os valores dos honorários já adiantados”.

De outro lado, também foi convencionada cláusula prevendo a admissibilidade de denúncia pelos contraentes, conforme segue:

“(...) 11.11. O presente contrato poderá ser rompido a qualquer momento, por quaisquer das partes, observadas as disposições adiante estipuladas, mediante denúncia escrita com no mínimo 30 (trinta) dias de antecedência, contados do recebimento do comunicado pela outra parte, período em que as partes deverão cumprir regularmente com as obrigações ora assumidas”.

E, por fim, a cláusula 11.11.4 dispõe de forma clara que:

“(...) em caso de rompimento a contratada prestará contas de todos os serviços que tenham sido confiados, recebendo, em seguida, a importância a que eventualmente fizer jus, perdendo o direito a qualquer pagamento pelos serviços que não tenham sido concluídos”.

Ora. Como visto, há expressa previsão contratual de que os honorários de êxito não serão devidos caso o processo não tenha sido concluído na data de rompimento do contrato.

Não há, portanto, que falar em arbitramento judicial de honorários, tendo em vista o contrato ajustado entre partes trazer cláusula aplicável no caso de rescisão contratual.

O fato é que, nos termos da sentença de improcedência da ação anterior, a de nº 0809163-65.2017.8.12.0001,

“(...) os honorários convencionais de êxito – já citados alhures –, com previsão estampada à cláusula 6.11, não poderão ser alcançados pelo requerente em razão da destituição”.

No ponto, aliás, peço vênica para transcrever a continuidade do raciocínio do juiz prolator naqueles autos:

“De se relevar, também, que, o fato de não ter percebido os valores almejados significa que as condições para seu recebimento não foram preenchidas durante o escoar do processo conduzido pelo requerente.

Arrematando, neste ponto, não se vislumbra dos autos nenhuma atitude a ser digna de repreensão, nem tampouco, este julgador perscruta algum tipo de enriquecimento ilícito engendrado pelo banco réu, isto é, as condutas pautaram-se justamente sob os parâmetros contratualmente alinhavados.

De outra banda, em nítida contraposição à vedação ao comportamento contraditório, como também a boa-fé objetiva, busca o autor questionar fatos estipulados em contrato que foram devidamente assumidos, sendo verdadeiro contrassenso reputá-los por injusto, haja vista sempre ter recebido seus honorários regularmente e, ademais, conforme salientado, a rescisão aperfeiçoou-se conforme previsto em contrato, sendo, dessarte, legítima e consonante ao direito.

Importante sublinhar, por derradeiro, que o negócio jurídico entabulado entre as partes é plenamente válido e, por isto, e em homenagem à segurança jurídica e proteção a boa-fé objetiva, a pretensão autoral não merece guarida e, por via de consequência, a improcedência do pleito de arbitramento da verba honorária é medida que se impõe.”

Das diversas cláusulas constantes do contrato celebrado entre as partes, é de se ver um fato fundamental, a saber, que o advogado receberia honorários advocatícios na medida em que praticasse atos processuais que viessem em benefício do banco contratante.

Assim, o advogado receberia um valor fixo pelo simples fato de propor a demanda de execução ou de busca e apreensão, a saber, R\$ 438,00 por ação distribuída (cláusula 6.9 da avença).

Verifica-se, ainda, que o advogado de igual forma receberia o valor de 1,5% (um e meio por cento) – a título de adiantamento – para a hipótese de penhora efetivada, *“calculado sobre o valor do bem ou da dívida, o que for menor; e 5% (cinco por cento) quando se tratar de apreensão ou reintegração de posse calculados na forma prevista no documento denominado “condições operacionais” sobre o valor da tabela Molicar depreciada em 20%, conforme regra prevista na cláusula e desde que o bem esteja devidamente removido para os pátios credenciados do contratante. Em ambas as situações o adiantamento limitar-se-á a R\$ 11.000,00 (onze mil reais) por processo”*, conforme o contido na cláusula 6.10 do contrato.

A pretensão da banca está fundada em cláusula – a 6.11 – que não tem aplicação ao caso concreto, a qual estipula honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico da instituição financeira, reservada, entretantes, apenas para a hipótese de recuperação final, ou seja, de satisfação integral do direito do banco nas ações propostas.

E essa condição não chegou a ser atingida, porque o contrato previa – como se viu – a hipótese de rescisão unilateral e, em ocorrendo essa rescisão, o advogado receberia apenas os valores pendentes, mas jamais a pretensão futura.

Ainda, não há que se falar, nesse caso, em trabalho escravo ou perda de uma chance.

Ora, por primeiro, não se pode cogitar trabalho escravo quando o advogado recebia – com exatidão – os valores contratuais na medida em que praticava os atos processuais que beneficiavam o banco contratante, como os R\$ 438,00 reais por ação proposta e os honorários de 1,5% ou 5%, conforme uma das situações acima descritas.

Considerando-se que foram mais de 1.000 ações propostas, com penhora ou busca e apreensão deferidas em favor do banco, é bem de se imaginar a quantidade remuneratória com que foi contemplado o advogado ao longo dos vários anos em que o contrato perdurou.

Por segundo, não há que se falar na perda de uma chance quando a relação existente entre as partes está fundada em contrato escrito e executado por quase três décadas.

A teoria da perda de uma chance é, pois, fundada na responsabilidade civil e não, evidentemente, na contratual, em que as partes convencionaram expressamente os casos de percepção ou não dos honorários ao longo da duração da relação negocial, a qual poderia ser rompida por quaisquer delas, como consta de cláusula contratual expressa a respeito.

Ademais, ainda que se admita que a teoria possa ser aplicada na relação contratual – pensamento do qual não comungo, é de se ver que a indenização se daria a título de responsabilidade civil e não da imposição de uma cláusula contratual (natureza obrigacional), notadamente quando está subordinada a termo e condição, a saber, a plena satisfação do direito do credor, o que não se verificou no caso concreto.

Portanto, não há que se falar em ato ilícito a permitir suposto direito de indenização quando a rescisão do contrato está fundada em cláusula contratual expressa.

Nessa tenda, muito relevante o ensinamento de Orlando Gomes sobre o contrato e seus efeitos:

“O principal efeito do contrato é criar um vínculo jurídico entre as partes. Fonte de obrigações, é tamanha a força vinculante do contrato que se traduz, enfaticamente, dizendo que tem força de lei entre as partes. O contrato deve ser executado tal como

se suas cláusulas fossem disposições legais para os que o estipularam. Quem assume obrigação contratual tem de honrar a palavra empenhada e se conduzir pelo modo a que se comprometeu”.

E arremata o erudito mestre:

“A primeira consequência da força vinculante do contrato é a sua irretratabilidade. Uma vez perfeito e acabado, não pode ser desfeito senão por outro acordo de vontades, chamado distrato. (...) A irrevogabilidade do contrato é, em síntese, corolário imediato de um dos grandes princípios do direito contratual: o da força vinculante.”²

Essa força vinculante do contrato não pode dar ensejo que um dos contratantes, em desfavor de quem houve a denúncia contratual, possa querer exercer direitos relativos a uma suposta perda de uma chance, na medida em que não se constata a prática de ato ilícito por parte outro que pudesse levar o julgador a acolher essa malfadada tese jurídica.

Assim, se o banco se valeu de uma das faculdades previstas no contrato celebrado entre as partes, não há que se falar que tenha cometido ato ilícito que pudesse permitir o acolhimento da tese da perda de uma chance.

Some-se a isso que o banco, durante o tempo em que o contrato perdurou, antes da rescisão, pagou regularmente os honorários contratados – e a respeito desse fato não existem divergências a serem dirimidas, portando-se com lealdade e boa-fé.

A partir dessa premissa e aferindo-se que o advogado recebeu regularmente o valor dos honorários na forma convencionada, existindo previsão contratual para rescisão unilateral, bem como a pactuação apenas de honorários contratuais de êxito, não agiu com acerto o douto magistrado de primeiro grau ao acolher pretensão da autora, daí porque dou provimento ao recurso do banco a fim de encerrar a lide pela improcedência do pedido inicial, tal qual se deu na demanda anterior (a de nº 65.2017.8.12.0001).

Por conseguinte, julgo prejudicado o recurso da autora em que pediu a majoração dos valores fixados na sentença.

Ante o exposto, conheço da apelação cível do Banco Bradesco S/A e lhe dou provimento para o fim de julgar improcedente o pedido inicial, invertendo, consequentemente, os ônus sucumbenciais.

Julgo prejudicada a apelação interposta por Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados S/S. Sem honorários advocatícios recursais, pois incabíveis na espécie³.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

2 Orlando Gomes, **Contratos**, Forense, 10a. ed., p. 179/181.

3 “I - Para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”; o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente; a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso; não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido; não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo; não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba.” (EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017)

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte), após o relator, acompanhado pelo 1º vogal, darem provimento ao apelo de Banco Bradesco S/A e julgarem prejudicado o recurso de Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados S/S.

VOTO (EM 14/11/2018)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (2º vogal)

Trata-se de dois recursos de apelação, um interposto por Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados e outro pelo Banco Bradesco S/A, partes que não se conformam com sentença proferida nos autos da ação de arbitramento de honorários advocatícios em epígrafe, sentença cuja parte dispositiva transcrevo:

“Isto posto, julgo procedente o pedido para arbitrar os honorários advocatícios contratuais em:

a) o pagamento de R\$ 262,92 (duzentos e sessenta e dois reais e noventa e dois centavos), atualizados monetariamente desde a celebração do acordo (18 de maio de 2016) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, devendo ser subtraído deste montante eventual valor depositado na conta bancária dos requerentes à título de honorários advocatícios contratuais em razão da transação.

b) o pagamento de R\$ 438,00 (quatrocentos e trinta e oito reais), atualizados monetariamente desde a rescisão do contrato entabulado (14 de abril de 2016), acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, devendo ser subtraído deste montante eventual valor depositado na conta bancária dos requerentes à título de honorários advocatícios contratuais.

Em razão da sucumbência, arcará o requerido com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes últimos arbitrados, com fundamento no artigo 85 do Código de Processo Civil, em R\$700,00 (setecentos reais).”

No recurso de apelação interposto pela pala parte autora, o pedido final é de reforma da sentença para *“majorar os valores arbitrados a título de honorários advocatícios de forma a remunerar adequadamente o apelante pelos trabalhos realizados nas demandas objetos desta ação até a rescisão do contrato, tudo em conformidade com os fundamentos acima expendidos, por ser medida de justiça.”* (f. 1026).

Já no recurso de apelação interposto pela instituição financeira, o pedido é de reforma da sentença para que seja declara a improcedência do pedido autoral.

O douto relator, Desembargador Dorival Renato Pavan, dá provimento ao recurso de apelação interposto pelo Banco Bradesco S/A, julgando improcedente o pedido de arbitramento de honorários advocatícios contratuais formulado pelo autor. Em razão desta decisão, o relator julga prejudicado o recurso de apelação interposto por Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados.

O primeiro vogal acompanhou o voto do eminente relator.

Do recurso de apelação interposto por Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados S/S.

Quanto ao recurso de apelação interposto pela parte autora, verifico que ela, em sua petição inicial, pediu a *“procedência do presente pedido para o fim de arbitrar os honorários pelos serviços efetivamente realizados pelo demandante no processo de execução nº 0016808-53.2012.8.12.0001 e embargos do*

devedor que tramitaram junto à 10ª Vara Cível de Campo Grande, em percentual sobre o valor atualizado da execução, acrescido dos consectários legais até a data do efetivo pagamento” (f. 32).

Segundo narrou a parte autora, o pedido acima mencionado tem como causa de pedir “*serviços prestados pelo demandante ao demandado nos autos da ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0016808-53.2012.8.12.0001, movida pela instituição financeira (demandado) em face de 3 A Rural Engenharia S/C Ltda e Luiz Carlos Lopes Ferreira, e na ação dos respectivos embargos do devedor, as quais tramitaram junto à 10ª vara cível da comarca de Campo Grande/MS.*” (f. 2)

Ao proferir a sentença, o julgador de primeiro grau sustentou que o pedido era procedente porque não ocorreu o pagamento dos honorários advocatícios previstos no contrato celebrado pelas partes, contrato que foi objeto de rescisão unilateral promovida pela instituição financeira. Confira a sentença:

No caso, é incontroversa e existência do acordo mencionado e da rescisão unilateral, bem como que o contrato perduraria, caso não fosse rescindido, até 22 de abril de 2018.

Ademais, a parte autora demonstrou que, até a rescisão contratual, realizou vários atos na execução (f. 105-266).

Assim, tendo em conta que o acordo foi celebrado antes da data em que encerraria o contrato celebrado entre as partes, caso não houvesse a rescisão unilateral, e considerando que foram realizadas várias atividades nos autos da execução pela requerente, os honorários advocatícios contratuais são devidos, restando somente arbitrar o quantum.

De fato, a requerente faz jus aos honorários contratuais, pois ainda que tenha havido a rescisão, o trabalho realizado merece remuneração, conforme dispõe o art. 22 da Lei 8.906/94, in verbis:

“Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência

(...)

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

§ 3º Salvo estipulação em contrário, um terço dos honorários é devido no início do serviço, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante no final.”

A tabela da OAB é uma referência, que deve ser interpretada em conjunto com todos os elementos definidos no art. 36 do Código de Ética, quais sejam: a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas; o trabalho e o tempo necessários; a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos ou de se desavir com outros clientes e terceiros; o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; o caráter da intervenção, o local da prestação dos serviços, a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Entretanto, o contrato de prestação de serviços advocatícios de f. 40-76 contém previsão expressa a respeito da realização de acordo, nestes termos:

6.11. Na recuperação final, a contratada (a requerente, no caso) fará jus ao recebimento dos honorários equivalentes a 10% (dez por cento) os quais incidirão sobre o valor efetivamente recebido ou sobre o valor do bem, aquele que for menor, conforme o caso, de acordo com o estabelecido nas cláusulas 6.11.1 e 6.21 abaixo, descontando-se os valores dos honorários já adiantados.

6.11.1. Compreende-se por recuperação final: (i) o valor recebido em decorrência de acordo judicial assinado e homologado (...)

6.11.4. As partes ajustam a seguinte regra quanto aos honorários decorrentes de acordo: a) obtido e instrumentalizado diretamente pelo contratante (o requerido, no caso), sem a participação da contratada: a1) contrato ajuizado: acarretará a redução pela metade dos honorários previstos na cláusula 6.11, limitados a R\$ 11.000,00 (onze mil reais). (...) b) contrato não ajuizado e acordo obtido diretamente pela contratada, fará jus aos honorários de 10% (dez por cento), do valor efetivamente recebido pelo contratante, mediante quitação ou entrega do respectivo instrumento de acordo, limitado a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Em todas as hipóteses de pagamento serão descontados os pagamentos já adiantados”.

Diante do exposto, entende-se por recuperação final o valor recebido em decorrência do acordo judicial. O requerido recebeu efetivamente R\$ 5.258,30 (cinco mil duzentos e cinquenta e oito reais e trinta centavos) conforme demonstrativo de débito de f. 265, visto que o acordo não foi cumprido a execução segue pelo valor remanescente.

Sendo assim, de acordo com a cláusula contratual, os requerentes tem direito a 5% do valor obtido (metade dos 10%), limitado a R\$ 11.000,00 (onze mil reais), uma vez que dele não participou.

Considerando que o valor recebido foi de R\$ 5.258,30, os requerentes têm direito aos honorários de R\$ 262,92 (duzentos e sessenta e dois reais e noventa e dois centavos), devendo ser subtraída eventual importância depositada em sua conta pela executada, conforme constou do acordo supramencionado.

No tocante aos embargos de devedor, a parte autora demonstrou que, até a rescisão contratual, realizou vários atos no feito (f. 267-700).

Ademais, conforme previsto no contrato entabulado entre as partes, foi estipulado o pagamento de honorários para os requerentes na elaboração de defesa do requerido. Veja-se:

“6.24.1. Pagamento de honorários no valor de R\$ 438,00 (quatrocentos e trinta e oito reais), devidos somente na fase de conhecimento, quando for necessário a apresentação de recursos de apelação, especial ou extraordinário, ou devidos quando for necessária a elaboração de contrarrazões ao primeiro recurso interposto pelo autor. A contratada elaborará todos os recursos e obrigatoriamente a elaboração de contrarrazões de quaisquer recursos apresentados pelo autor perante os Tribunais de Justiça Regionais e Superiores. Será devido apenas um único valor de R\$438,00 (quatrocentos e trinta e oito reais) a título de honorários, para a elaboração de todos os recursos já citados e de contrarrazões”

Visto que foi interposto pela parte contrária recurso de apelação na ação de embargos de terceiro conforme f. 378-401 e que a parte requerida foi representada pelo

atual requerente conforme contrarrazões de f. 408-418, entendendo ser devido o pagamento de honorários conforme previsto no contrato das partes.

Dessa forma, o pagamento a título de honorários advocatícios no valor de R\$438,00 (quatrocentos e trinta e oito reais) pelos serviços prestados na ação de embargos de devedor é a medida que se impõe.” (Sentença f. 883-885).

Não obstante os fundamentos acima expostos, o douto relator, Desembargador Dorival Renato Pavan, reforma a sentença recorrida para o fim de julgar improcedente o pedido de arbitramento de honorários advocatícios contratuais formulado pelo autor.

Em síntese, o relator sustenta que por existir estipulação contratual sobre a forma de percepção da remuneração do advogado na hipótese de rescisão do contrato, torna-se incabível o arbitramento judicial de honorários advocatícios sobre eventual proveito econômico que poder-se-ia obter se a avença permanecesse, notadamente quando o causídico recebeu, ao longo da execução do contrato, e de forma regular, os honorários contratuais na forma estabelecida na avença, por etapas e ao longo do desenvolvimento da relação processual onde atuou na qualidade de advogado do banco contratante.

Prossegue o culto relator asseverando que a pretensão da banca advocatícia está fundamentada na cláusula contratual 6.11, cláusula que estipula honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico da instituição financeira.

Todavia, entende o relator que mencionada cláusula não tem aplicação ao caso concreto porque ela é reservada apenas para a hipótese de recuperação final, ou seja, a satisfação integral do banco na ação proposta pelo causídico, condição que não chegou a ser atingida, porque o contrato previa a rescisão unilateral e, em ocorrendo essa rescisão, o advogado receberia apenas os valores pendentes, mas jamais a pretensão futura.

Colocada a questão nestes termos, vê-se que a questão controvertida está na interpretação que deve ser conferida a cláusula contratual 6.11:

“6.11. Na recuperação final, a contratada (a requerente, no caso) fará jus ao recebimento dos honorários equivalentes a 10% (dez por cento) os quais incidirão sobre o valor efetivamente recebido ou sobre o valor do bem, aquele que for menor, conforme o caso, de acordo com o estabelecido nas cláusulas 6.11.1 e 6.21 abaixo, descontando-se os valores dos honorários já adiantados.

Pois bem, penso que a cláusula 6.11 somente pode ser corretamente compreendida se examinada em conjunto com as cláusulas 6.11.1; 6.11.2; 6.11.3 e 6.11.4, que dispõem, in verbis:

6.11.1 Compreende-se por recuperação final: (I) o valor recebido em decorrência de acordo judicial assinado e homologado (quando for o caso); ii) liberação para venda de bens apreendidos e reintegrados (BNDU) sem qualquer incidência de bloqueio e depreciado conforme condições operacionais; iii) adjudicação ou arrematação em benefício do crédito, condicionada a respectiva carta devidamente registrada; iv) entrega amigável ou dação de bens.

6.11.2 Na hipótese de parcelamento ou renegociação de dívidas, os honorários serão estabelecidos na cláusula 6.11 acima serão pagos conforme liquidação pelo cliente/devedor e proporcionalmente às parcelas pactuadas.

6.11.3 O pagamento somente será devido mediante o envio da Petição protocolizada e sua digitalização no GCPJ ou outro sistema que for disponibilizado

pelo contratante, a qual deverá ser redigida em conformidade com os parâmetros e condições da proposta aprovada, acompanhada de autorização para sua formalização e comprovante de pagamento.

6.11.4. As partes ajustam ainda a seguinte regra quanto aos honorários decorrentes de acordo: a) obtido e instrumentalizado diretamente pelo contratante, sem a participação da contratada: a1) contrato ajuizado: acarretará a redução pela metade dos honorários previstos na cláusula 6.11, limitados a R\$ 11.000,00 (onze mil reais), mediante apresentação de petição de juntada do instrumento de acordo nos autos; a2) contrato não ajuizado: nenhum valor será devido à título de honorários, aplicando-se a mesma regra para os casos em que a contratada não tiver iniciado junto ao R.I. o procedimento de Consolidação de Propriedade prevista na Lei 9.514/97; b) contrato não ajuizado e acordo obtido diretamente pela contratada, fará jus aos honorários de 10% (dez por cento), do valor efetivamente recebido pelo contratante, mediante quitação ou entrega do respectivo instrumento de acordo, limitado a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Em todas as hipóteses de pagamento serão descontados os pagamentos já adiantados”.

Esclareço, outrossim, que figura no presente contrato como parte contratante, Banco Bradesco S/A e como parte contratada Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associado.

Conforme dito anteriormente, o relator, partindo da premissa que a expressão recuperação final constante na cláusula 6.11 somente incide na hipótese de satisfação integral do direito do banco nas ações propostas, hipótese não ocorrida no caso concreto, chegou a conclusão de que o pedido formulado na ação de arbitramento é improcedente.

Divirjo do eminente relator, eis que a cláusula 6.11.1 não atrela o conceito da expressão “recuperação final” a satisfação integral do banco na ação de execução, mas sim ao “valor recebido por acordo judicial assinado e homologado (quando for o caso)”.

E, no caso vertente, ocorreu acordo judicial no processo de execução objeto da presente ação de arbitramento, acordo em que o credor, Banco Bradesco, recebeu a quantia de R\$ 5.258,30 (cinco mil duzentos e trinta e oito reais e trinta centavos), conforme demonstrativo de débito anexado à p.265 destes autos.

Considerando que a Banca de advocacia apelante, que figura como contratada, não participou do mencionado acordo noticiado na ação de execução, possui ela direito aos honorários advocatícios nos termos da cláusula 6.11.4, item a.1, conforme reconhecido na sentença, *in verbis*:

Omissis (...)

O requerido recebeu efetivamente R\$ 5.258,30 (cinco mil duzentos e cinquenta e oito reais e trinta centavos) conforme demonstrativo de débito de f. 265, visto que o acordo não foi cumprido a execução segue pelo valor remanescente.

Sendo assim, de acordo com a cláusula contratual, os requerentes tem direito a 5% do valor obtido (metade dos 10%), limitado a R\$ 11.000,00 (onze mil reais), uma vez que dele não participou.

Considerando que o valor recebido foi de R\$ 5.258,30, os requerentes têm direito aos honorários de R\$ 262,92 (duzentos e sessenta e dois reais e noventa e dois centavos), devendo ser subtraída eventual importância depositada em sua conta pela executada, conforme constou do acordo supramencionado.” (Sentença- 884-885).

Também agiu com acerto os honorários arbitrados a título de serviços prestados pela Banca de Advocacia apelante na ação de embargos do devedor, eis que o Banco Bradesco S/A, à época representado pela banca de advocacia ora recorrente apresentou contrarrazões ao recurso de apelação (f. 408-418), hipótese em que também faz juz ao recebimento da quantia de R\$ 438,00 (quatrocentos e trinta e oito reais), conforme previsto na cláusula contratual nº 6.24.1.

Posto isso, divirjo dos eminentes pares para o fim de conhecer do recurso de apelação interposto pelo Banco Bradesco S/A e negar-lhe provimento. Via de consequência não julgo prejudicado o recurso de apelação interposto por Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados.

Por unanimidade, julgaram prejudicado o apelo de Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados S/S, nos termos do voto do relator. Por maioria, deram provimento ao recurso do Banco Bradesco S.A., nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, que lhe negava provimento. Assim, fica adiada a conclusão de julgamento, em face da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942, do CPC.

VOTO (EM 28/11/2018)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram prejudicado o recurso de Valter Ribeiro de Araújo Advogados Associados S/S. Por maioria, deram provimento ao recurso do Banco Bradesco S.A., nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal que lhe negava provimento. Julgamento de acordo com o art. 942, do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

4ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1408007-59.2018.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE TERCEIRO EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE CONCURSO DE CREDORES PARA GARANTIR DIREITO DE PREFERÊNCIA DO EMBARGANTE – CRÉDITO PREFERENCIAL QUE SE SOBREPÕE À ORDEM TEMPORAL DE PENHORAS – RECURSO PROVIDO.

Na execução, na fase de entrega do produto da arrematação e pagamento, a concorrência entre credores deve ser aferida quando se encontram no mesmo patamar de hierarquia dos créditos. O concurso de preferências leva em consideração a precedência na ordem pagamento em virtude da natureza do crédito cobrado.

O juiz deve deliberar se um dos credores tem preferência sobre o outro, para recebimento do respectivo crédito, por ocasião da realização da alienação judicial, devendo-se instaurar o concurso de preferência de que trata o artigo 908 do NCPC, uma vez que na espécie passa a incidir o disposto no artigo 905, II, do mesmo diploma legal.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Marcos Aparecido Pollon, devidamente qualificado, interpõe agravo de instrumento, na qualidade de terceiro interessado, nos autos da ação de execução movida pelo Banco do Brasil S/A em face de Esquadrias e Decorações Ltda., Genaro Desidério Ovelar e Josilda Brasil Ovelar (Autos nº 0011321-64.1996.8.12.0001), insurgindo-se contra a decisão de f. 2239 dos autos de origem, proferido pelo douto juiz da 8ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, MS, Dr. Ariovaldo Nantes Corrêa, que indeferiu o pedido de preferência quanto ao resultado de leilão a ser realizado na presente demanda executiva, tendo em vista a inexistência de penhora no rosto dos autos.

Conta o agravante que move contra um dos agravados o Cumprimento de Sentença nº 0017659-20.1997.8.12.0001/01, onde postula o recebimento de honorários advocatícios, sendo que realizou a penhora

sobre o bem leiloadado e, visando a oportuna instauração do concurso particular de credores, peticionou nos autos, na condição de terceiro interessado, para demonstrar o seu direito preferencial sobre o fruto da arrematação, uma vez que se trata de verba alimentar.

Aduz que, em que pese não haver penhora no rosto dos autos, possui penhora sobre o próprio bem penhorado, com registro à margem da matrícula respectiva.

Argumenta que a penhora no rosto dos autos retrata um direito contra o autor da execução e a penhora sobre o próprio bem leiloadado é inerente a um direito contra o executado, sendo que o seu direito de preferência decorre da interpretação dos artigos 889, V, 908, § 1º e 85, § 14, do Código de Processo Civil.

Pede a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para que seja determinada a instauração do concurso particular de credores para a devida distribuição dos valores obtidos com o leilão, conforme a ordem de preferência de cada credor.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos, conforme decisão de f. 10-15.

A douta juíza de primeiro grau prestou informações à f. 19.

Os agravados não apresentaram contraminuta.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Trata-se de ação de execução de título executivo judicial ajuizada pelo Banco do Brasil em face de Esquadrias e Decorações, Josilda Brasil Ovelar e Espólio de Genaro Desidério Ovelar que tem por objeto a Escritura Pública de Confissão e Composição de Dívidas com Garantia Hipotecária e Dações em Pagamento nº 95/00111-5, no valor atualizado, até abril de 2012, de R\$ 2.454.389,55.

Foi determinada a alienação judicial dos imóveis penhorados nos autos, sendo que o de matrícula nº 4740 do CRI de Campo Grande, MS, foi arrematado por Eucileide Serafim de Souza, conforme documento de f. 2144-2148.

O agravante compareceu aos autos em 15 de maio de 2018 (f. 2223-2224 dos autos de origem), na condição de terceiro interessado, para defender o seu direito de preferência sobre o produto da arrematação do referido imóvel, tendo em vista a penhora anterior oriunda de execução de honorários advocatícios.

O nobre julgador de primeiro grau indeferiu o pedido, afirmando que “*não há penhora no rosto destes autos, razão pela qual não é possível a apreciação do pedido de preferência*” (f. 2239).

Adveio, por conseguinte, o recurso *sub examine*.

Diante desse contexto, é necessário, a princípio, tecer algumas considerações a respeito do concurso de credores.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹, ao comentar o artigo 711² do Código de Processo Civil de 1973, atual art. 908, ensinam que:

1 in **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, 11 ed, 2010, Editora Revista dos Tribunais, p. 1103.

2 Art. 711 do CPC: “Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhe-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora.”

“(...) a penhora, o arresto ou o sequestro subtraem a coisa, por completo, do poder de disponibilidade do executado (Thompson Lenz, A natureza das normas processuais e o registro da penhora, RT 627/59-58) e, nessa cadência desafiam a aplicação e prevalência do princípio da anterioridade da penhora como corolário da autoridade da força jurisdicional do Estado. O credor que ‘primeiro efetuar a penhora sobre os bens de seu devedor, portanto, adquirirá, por força dessa prioridade temporal, um direito de prelação ou de preempção legal. Em consequência, preferirá aos demais e subsequentes credores penhorantes do mesmo bem, recebendo em primeiro lugar o pagamento de seu crédito’ (Mello Filho, Apontamentos sobre a penhora no Código de Processo Civil, RF 247/419). O princípio da anterioridade da penhora, contudo, não proíbe o credor – a quem não aproveita a penhora mais antiga – de fazer valer o direito de preferência de seu crédito, a ser exercitado dentro da forma como decorre de sua qualidade creditícia preferencial, devidamente demonstrada”.

Esclarece, ainda, Alcides de Mendonça Lima³ os tipos de preferências possíveis sobre o bem:

“a) ou a preferência decorre da simples penhora, desde que todos os credores se acham em paridade, sem nenhum privilégio de direito material;

b) ou a preferência independe da penhora por si mesma, e sim do privilégio fundado no direito material, ou seja, nos direitos reais de garantia (CPC 709 II)”.

Na hipótese, o direito preferencial alegado pelo agravante decorre da anterioridade da penhora e da natureza alimentar do crédito, sendo que está devidamente comprovado nos autos que a penhora do agravante foi registrada em 15/01/2010 nos autos de Execução de Honorários nº 001.97.017659-2/00001 (f. 2146).

Porém, a penhora realizada na presente demanda executiva foi lavrada em 14/11/2008 (f. 487-489), de modo que é antecedente. Porém, não foi registrada na matrícula do imóvel.

Assim, o direito de preferência do agravante estaria embasado na natureza do crédito.

Neste diapasão, conclui-se que a concorrência entre credores deve ser aferida quando se encontram no mesmo patamar de hierarquia dos créditos. Ao contrário, o concurso de preferências leva em consideração a precedência na ordem pagamento em virtude da natureza do crédito cobrado.

Na hipótese, não obstante a penhora do agravado tenha se realizado em primeiro lugar, o crédito apresentado pelo advogado, por se tratar de débito alimentar atinente à remuneração profissional, possui preferência na ordem de pagamento, razão pela qual não deve ser permitido o levantamento do produto da arrematação do bem objeto da constrição sem que ocorra o depósito do valor do crédito do agravante para que, com isso, se assegure o concurso de credores em que terá recebimento o credor que primeiramente promoveu a penhora, se créditos preferenciais não existirem, como no caso em que esse crédito existe em favor de advogado que também executou o mesmo devedor e penhorou o mesmo bem.

Este, aliás, é o posicionamento assente na Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO ART. 535 DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA – EXECUÇÃO – PENHORA – DIREITO DE PREFERÊNCIA – ANTERIORIDADE DA PENHORA – AVERBAÇÃO – NATUREZA DESSE ATO – DECISÃO AGRAVADA – MANUTENÇÃO.

³ In Comentários ao código de processo civil. Editora Forense, vol. VI, tomo II, 1974, p. 1425.

1.- Embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes, logo, não há que se falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2.- No processo de execução, recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, terá preferência no recebimento do numerário apurado com a sua arrematação, o credor que em primeiro lugar houver realizado a penhora, salvo se incidente outro título legal de preferência. Aplicação do brocardo prior tempore, potior iure.

3.-

4.-

5. - Agravo Regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1195540/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011) (g.n.)

PROCESSUAL – EXECUÇÃO – CUMULAÇÃO DE PENHORAS – CRÉDITO PREFERENCIAL – CPC (ART. 613) – FALÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO (DEC. 7.661, ART. 2º, I).

- É possível a cumulação de penhoras sobre determinado bem do executado. A múltipla penhora não prejudica os direitos de preferência dos respectivos exequentes.

- A efetivação da dupla penhora inibe a caracterização da falência (Dec. 7.661/45, Art. 2º, I). (REsp 408.750/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 18/11/2003, DJ 15/12/2003, p. 189)

Na execução, na fase de entrega do produto da arrematação e pagamento, a concorrência entre credores deve ser aferida quando se encontram no mesmo patamar de hierarquia dos créditos. O concurso de preferências leva em consideração a precedência na ordem pagamento em virtude da natureza do crédito cobrado. Toma-se em consideração, portanto, o direito material que deu ensejo à constituição do crédito preferencial, seja pessoal ou real.

Assim, com o depósito do respectivo valor instaura-se o concurso de credores, de tal sorte que existem duas ordens de preferência: (a) os créditos trabalhistas, seguidos do fiscal, natureza real, crédito preferencial e, (b) os credores quirografários comuns, dentre eles tendo preferência o que primeiro fez a penhora sobre o bem (art. 612 do CPC/73 e, presentemente, artigo 797, *caput*, do CPC/15), respeitando-se assim a ordem de anterioridade de cada constrição, inteligência dada ao artigo 711 do CPC/73 e, agora, ao artigo 908 do CPC/15.

De rigor, assim, o juiz deve instaurar o respectivo concurso de credores, uma vez feito o depósito do valor integral da arrematação, quando se constatar que o exequente não é detentor de crédito privilegiado ou preferencial.

No caso, como já realizada a alienação judicial, deve-se reservar o valor da arrematação do referido imóvel, mormente porque há penhora registrada em nome do INSS, nos autos da Execução Fiscal nº 2003.60000096015.

Bem se vê, ademais, que existe outro credor preferencial (f. 2146) e valores pendentes de atualização para fins de se instalar o concurso de credores de que trata o artigo 908, *caput*, do CPC/15, cujas atualizações certamente será ordenado pelo juízo de primeiro grau.

Daí porque deve-se reformar a decisão objurgada para se determinar que o valor da arrematação do referido imóvel não seja levantado antes da instauração do concurso de credores e pagamentos dos créditos preferenciais.

Veja-se que com este expediente, todos os créditos sub-rogam-se no valor depositado. Com isso, instaurado o concurso de preferência, paga-se o credor com crédito privilegiado e, a seguir, os demais credores quirografários (se não houver outros, ainda com preferência, como trabalhista, fiscal, com ônus real), dentre eles o próprio exequente agravado, que poderá levantar o saldo total ainda existente, se for ele o detentor de tal prerrogativa, à luz do disposto no artigo 908, § 2º, do CPC.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Marcos Aparecido Pollon e lhe dou provimento para confirmar a liminar concedida às f. 10-15 a fim de impedir o levantamento do valor da arrematação sem que seja instaurado o concurso de credores de que tratam os artigos 905, II, 908 e 909 todos do CPC/15.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

4ª Câmara Cível**Apelação nº 0001643-06.2013.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo****Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – COBRANÇA DE MULTA POR INFRAÇÃO AMBIENTAL – RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA – DANO AMBIENTAL CAUSADO POR ANTIGO PROPRIETÁRIO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE PARA RESPONDER PELA SANÇÃO – SITUAÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A RESPONSABILIDADE CIVIL DE REPARAÇÃO DO DANO – PRECEDENTE DO STJ – RECURSO PROVIDO.

“A responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos” (Resp 1622512/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado: 22/09/2016). Ou seja, a obrigação de recuperar a degradação ambiental é do proprietário do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*. O mesmo raciocínio não se aplica, contudo, para a responsabilidade administrativa por dano ambiental, ou seja, para imputação de multa.

A multa por dano ambiental, por ser uma penalidade, deve obediência à sistemática da teoria da culpabilidade, de modo que não é possível o ajuizamento de respectiva execução fiscal em face do adquirente do imóvel por conta de conduta imputável ao antigo proprietário (princípio da intranscendência das penas) – REsp 1251697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012.

Recurso provido para reconhecer a ilegitimidade do embargante para figurar no polo passivo da ação de execução fiscal, determinando sua extinção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de outubro de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação interposta por Marcos Antônio Costa, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo juiz da vara única de Ribas do Rio Pardo, Dr. Idail De Toni Filho, que rejeitou os embargos à execução que promove em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Informa que o crédito exequendo tem origem no auto de infração nº 04221, lavrado em razão da construção de uma represa na Fazenda Buriti sem a devida licença ambiental, a teor do disposto no art. 66 do Decreto Federal nº 6.514/2008; que, todavia, adquiriu a fazenda em 11.2.2005, após a construção da represa, sendo que o rompimento dela – e a vistoria – se deveu ao excesso de chuvas ocorrido em 2009, situação que foi prontamente regularizada; que a reparação dos danos ambientais acompanha a propriedade e independe do causador, mas a execução fiscal das multas deve ser dirigida tão somente em face do agente transgressor; que o auto de constatação de f. 210 e os depoimentos das testemunhas comprovam que a represa é anterior ao momento da aquisição; que os adquirentes de boa fé não podem arcar com os danos ambientais perpetrados pelos antigos proprietários, se não concorreram para tanto; que, ademais, o arcabouço fático probatório demonstra que ele tem recuperado a área degradada, conforme se extrai da certidão de f. 210. Cita jurisprudência.

Pede que seja exonerado da multa ou, então, que tenha o seu valor reduzido.

Contrarrazões às f. 280-286.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Marcos Antônio Costa, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo juiz da vara única de Ribas do Rio Pardo, Dr. Idail De Toni Filho, que rejeitou os embargos à execução que promove em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

O recurso é tempestivo e o preparo foi juntado às f. 273-275.

As contrarrazões foram apresentadas pela apelada às f. 280-286.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Os presentes embargos dirigem-se em face da execução fiscal em que o Estado cobra multa de 12.918,23 UAM, aplicada com base em atuação fiscal realizada em 28.08.2009 pelo Imasul na “Fazenda Buriti”, de propriedade do embargante, ocasião em que se constatou a construção de uma represa sem a licença do órgão ambiental competente, conduta tipificada no art. 66 do Decreto nº 6.514 de 22.7.2008.

A defesa no embargante está centrada no fato de que a construção da represa remonta época longínqua, quando ainda não era proprietário da fazenda, tendo-a adquirido em 2005, de modo que não lhe deve ser imputada a multa administrativa cobrada pelo Estado.

Na sentença, o juiz, em que pesem as provas testemunhais confirmando a existência da represa anteriormente à aquisição pelo embargante, adotou o entendimento de que isso não seria relevante no caso, eis que:

“(...) a responsabilização civil ambiental, sob o influxo da teoria do risco integral, possui natureza objetiva, solidária e propter rem, de modo que desimporta o fato de a degradação ambiental ter sido iniciada por outrem ou deflagrada por um fato advindo de força maior”.

No entanto, tal como alega o ora apelante, o posicionamento firmado na sentença é, consoante a jurisprudência, válido para a responsabilidade de cunho civil por dano ambiental, não abrangendo, todavia, a responsabilidade administrativa (multa).

Com efeito, é pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça de que “a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos” (STJ. Resp nº 1622512/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j: 22/09/2016). Ou seja, a obrigação de recuperar a degradação ambiental é do titular da propriedade do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*.

Contudo, o mesmo raciocínio não se aplica para a responsabilidade administrativa por dano ambiental, ou seja, para imputação de multa.

Nesse sentido, conforme precedente advindo também do C. Superior Tribunal de Justiça, que será a seguir reproduzido, a multa, por ser uma penalidade, deve obediência à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, como sanção, deve ser impelida em face do transgressor, ganhando relevância, aqui, a demonstração do elemento subjetivo, ao contrário do que acontece nos casos da responsabilidade civil.

Assim, considerando o princípio da intranscendência das penas previsto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, aplicável não só ao direito penal, mas a todo o direito sancionador, não seria possível o ajuizamento da execução fiscal em face do adquirente do imóvel para cobrar multa aplicada por conta de conduta imputável ao antigo proprietário¹.

Nesse sentido, confira-se julgado do STJ tratando especificamente do tema:

“AMBIENTAL – RECURSO ESPECIAL – MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL – EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE – ILEGITIMIDADE PASSIVA – MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO.

1. Trata-se, na origem, de embargos à execução fiscal ajuizado pelo ora recorrente por figurar no polo passivo de feito executivo levado a cabo pelo Ibama para cobrar multa aplicada por infração ambiental.

2. Explica o recorrente - e faz isto desde a inicial do agravo de instrumento e das razões de apelação que resultou no acórdão ora impugnado - que o crédito executado diz respeito à violação dos arts. 37 do Decreto nº 3.179/99, 50 c/c 25 da Lei nº 9.605/98 e 14 da Lei nº 6.938/81, mas que o auto de infração foi lavrado em face de seu pai, que, à época, era o dono da propriedade.

*3. A instância ordinária, contudo, entendeu que o caráter *propter rem* e solidário das obrigações ambientais seria suficiente para justificar que, mesmo a infração tendo sido cometida e lançada em face de seu pai, o ora recorrente arcasse com seu pagamento em execução fiscal.*

4. Nas razões do especial, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 3º e 568, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC) e 3º, inc. IV, e 14 da Lei nº 6.938/81, ao argumento de que lhe falece legitimidade passiva na execução fiscal levada a cabo pelo Ibama a fim de ver quitada multa aplicada em razão de infração ambiental.

¹ In: <https://blog.ebeji.com.br/responsabilidade-civil-e-administrativa-no-direito-ambiental/>

5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.

6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.

7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.

8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o direito sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, segundo o qual “[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

11. O art. 14, caput, também é claro: “[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]”.

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).

13. Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).

14. Mas fato é que o uso do vocábulo “transgressores” no caput do art. 14, comparado à utilização da palavra “poluidor” no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem.

15. *Recurso especial provido.*” (STJ. REsp 1251697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012).

Conclui-se, portanto, que responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que a responsabilidade administrativa, não admitindo esta que terceiros respondam por multa em decorrência de dano ambiental praticado por outrem, a qual deve ser imputada diretamente ao transgressor.

No caso, consoante declinado na sentença com base nas provas testemunhas colhidas nos autos, restou demonstrado que a construção da represa precede a aquisição da propriedade pelo embargante, ora apelante, de modo que este, embora responda pela recuperação, não tem responsabilidade pelo pagamento de multa, daí porque deve ser reconhecida sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal.

Ante o exposto, conheço da presente apelação de Marcos Antônio Costa e lhe dou provimento para acolher os presentes embargos e reconhecer a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da relação processual contida nos autos da Execução Fiscal nº 0800430-63.2012.8.12.0041, determinando, por conseguinte, a extinção do mesmo feito executivo, sem a apreciação do mérito, e levantamento de todas as medidas constritivas existentes, o que faço com fulcro no art. 485, inciso VI, do CPC.

Inverto, por conseguinte, os ônus da sucumbência.

Sem honorários advocatícios recursais, pois incabíveis na espécie².

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 31 de outubro de 2018.

2 “I - Para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”; o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente; a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso; não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido; não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo; não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba.” (EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017)

3ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 1402772-14.2018.8.12.0000 - Caarapó
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA EM AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL C/C PERDAS E DANOS – PRELIMINARES – COISA JULGADA – VIOLAÇÃO À SÚMULA 343 DO STF – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADAS – MÉRITO – EMPREGADO MUNIDO DE PROCURAÇÃO COM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO – CONTRATO DE ARRENDAMENTO REALIZADO EM NOME DO OUTORGANTE – ATO QUE EXORBITOU OS PODERES DE ADMINISTRAÇÃO – NECESSIDADE DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS E EXPRESSOS – TEORIA DA APARÊNCIA NÃO APLICADA – VIOLAÇÃO MANIFESTA À NORMA JURÍDICA – PEDIDO FORMULADO NA AÇÃO RESCISÓRIA JULGADO PROCEDENTE.

A ação rescisória é meio processual destinado a atacar decisões de mérito transitada em julgado, quando presentes as hipóteses elencadas no artigo 966, do CPC/2015, situação verificada no caso em espécie. O fato do autor ter esgotado todas as instâncias recursais não afasta a hipótese da sua admissibilidade, porquanto presentes os requisitos para o seu cabimento.

Não há falar em violação da Súmula 343 do STF, porquanto admite-se a ação rescisória quando a violação à disposição literal de lei mostrar-se aberrante e cristalina, além de ofender normas e princípios jurídicos, o que ficou demonstrado no caso.

Consoante a teoria da asserção, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o que é asseverado na petição inicial, deixando o exame das questões de mérito para o julgamento final.

A legitimidade *ad causam* é evidenciada pela pertinência subjetiva da parte com a relação jurídica de direito material hipotética ou afirmada na petição inicial.

O art. 1.295, § 1º do CC/16, vigente à época dos fatos, previa que para alienar, hipotecar, transigir ou praticar outros quaisquer atos, que exorbitem da administração ordinária, era necessária procuração com poderes especiais e expressos.

Se a procuração outorgada pelo ora autor ao seu empregado não lhe conferia poderes para realizar em nome do empregador o contrato de arrendamento sem a sua anuência, tendo em vista que a legislação vigente à época dos fatos exigia para tal ato procuração com poderes especiais e expressos, não há falar na aplicação da teoria da aparência, sob pena de violar manifestamente o art. 1.295, § 1º do CC/16.

Se o mandatário pratica ato em nome do mandante sem procuração com poderes específicos, inexistente contrato de arrendamento rural a embasar a procedência da ação ora rescindenda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito,

julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, a Des. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 18 de outubro de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Hissasse Moribe com fundamento no art. 966, V, do CPC, propõe ação rescisória em face de Antônio Carlos Pereira e Paulo Francisco de Souza, visando a desconstituição do acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 2009.033693-3, que negou provimento ao apelo de Antônio Carlos Pereira e deu parcial provimento ao recurso interposto por Hissasse Moribe, apenas para afastar o documento de f. 22 dos autos da ação rescindenda, mantendo, por conseguinte, a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de:

(...) “condenar os requerido Hissasse Moribe e Paulo Francisco de Souza no pagamento dos danos materiais em favor do requerente, referente aos lucros que o mesmo deixou de auferir em relação às lavouras de soja (safra 2002/2003 e 2003/2004) e milho (safra 2003), cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença. Serão devidos apenas os lucros da produção, ou seja, durante a liquidação, deverá ser efetuado o desconto de todas as despesas referentes ao cultivo das safras, bem como o pagamento da renda.”

Alega que há nulidade absoluta do negócio jurídico, pois houve manifesta violação às normas do Código Civil (inadmissibilidade do uso discricionário da teoria da aparência).

Argumenta que o negócio jurídico é nulo de pleno direito, celebrado por agente incapaz, não revestido da forma prescrita em lei, e que para o qual não concorreu a vontade do autor.

Expõe que o ora requerido Paulo Francisco, munido de uma procuração que não lhe conferia poderes para celebrar o contrato de arrendamento, assinou de forma totalmente ilegal e indevida o referido instrumento, o qual é nulo de pleno direito.

Salienta o autor Hissasse Moribe que foi totalmente ludibriado pelo requerido Paulo Francisco, que além de assinar indevidamente o contrato, à total revelia do autor, em momento nenhum sequer avisou o senhor Hissasse Moribe a respeito de um possível arrendamento de sua fazenda.

Assevera que a ausência de poderes para que o requerido Paulo Francisco assinasse o instrumento de contrato não passou despercebida pelo crivo do Poder Judiciário nos autos da ação rescindenda, pois este fato foi devidamente reconhecido tanto na sentença de primeiro grau, como também no acórdão rescindendo.

Explica que a teoria da aparência, a qual sequer encontra previsão expressa na lei, não pode ser aplicada discricionariamente, não podendo se sobrepor de maneira absoluta às normas do Código Civil, que taxativamente preveem a nulidade do negócio jurídico.

Expõe que o contrato de arrendamento rural firmado pelo requerido Paulo Francisco é nulo, pois não era o titular do direito sobre o imóvel, e não possuía poderes especiais para representar o autor Hissasse Moribe no referido negócio.

Aduz que os artigos 1.295, § 1º do CC/1916 (vigente à época dos fatos) e 661, § 1º do CC/2002 não deixam nenhuma dúvida acerca da ausência de poderes especiais para que Paulo Francisco assinasse o referido contrato.

Reverbera que foi o próprio requerido Antonio Carlos quem juntou aos autos, ao distribuir a ação, a cópia da procuração que não conferia poderes para a prática do ato.

Relata que, caso prevaleça o entendimento majoritário do acórdão rescindendo, significa dizer que os simples mandatários poderão dispor do patrimônio dos mandantes sem exibir procuração específica, e que os terceiros adquirentes serão considerados de boa-fé, tornando letra morta o Código Civil, que exige procuração específica para esse tipo de ato de disposição do patrimônio.

Alude que a teoria da aparência não pode ser usada para justificar atos de disposição do patrimônio, ou de transferência da posse direta do bem a terceiros, ou quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária.

Explica que o artigo 662 do Código Civil prescreve que os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes perante o mandante.

Alega que o artigo 1.306 do CC/16 era expresso e taxativo no sentido de que não possui ação contra o mandante o terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, fizer com ele contrato exorbitante do mandato.

Argumenta que, em situações para as quais o direito já tenha assegurado tutela específica (como é o caso dos artigos 1.295, 1.305, e 1.306 do Código Civil vigente à época dos fatos), não há falar na aplicabilidade da teoria da aparência.

Expõe que não há como acolher a tese da teoria da aparência, já que o requerido Paulo Francisco não se apresentou para Antônio Carlos como o dono da fazenda Taquaral, mas sim como simples mandatário, inclusive exibindo em mãos a cópia do mandato.

Salienta que os valores supostamente recebidos por Paulo Francisco de Souza, em razão dos alegados arrendamentos, jamais foram repassados ao requerente. Até mesmo o gado que existia na Fazenda Taquaral foi vendido por Paulo Francisco de Souza, sem o conhecimento do Autor Hissasse Moribe, o que inclusive ensejou *notitia criminis* protocolada na Comarca de Caarapó/MS (f. 278-283 dos autos da ação rescindenda).

Assevera que o acórdão violou os artigos 82, 145, I e III, 1295, 1305 e 1306 do Código Civil de 1.916, e seus correspondentes artigos 104, 166, I e IV, 661, 662 e 673 do atual Código Civil.

Explica que, para aplicação da teoria da aparência, deve haver a presença de requisitos subjetivos por parte dos agentes do negócio jurídico considerado, ou seja, exige-se a presença concomitante dos pressupostos da boa-fé dos contratantes e da existência de erro invencível ou escusável. E no caso, não há como reconhecer a boa-fé do requerido Antônio Carlos.

Expõe que o requerido Antônio Carlos sequer comprovou que o contrato se realizou ou que tenha tomado posse da área da fazenda, não havendo provas nos autos de que iniciou o plantio de lavoura no local.

Aduz que na época da compra dos fertilizantes, o requerido Antônio Carlos já não se encontrava mais (se é que esteve algum dia) na Fazenda Taquaral, pois segundo ele próprio, o esbulho teria ocorrido no dia 11/10/2002, e a nota fiscal foi emitida em 06/10/2003. E mais, o endereço e a inscrição estadual referem-se à Fazenda Taquara, e não à Fazenda Taquaral, o que demonstra que o requerido faltou com a verdade inclusive perante o Poder Judiciário.

Reverbera que os demais gastos apresentados pelo requerido Antônio Carlos como as diárias de catas de raízes, bem como o trabalho com o trator de esteiras, apresentam valores exorbitantes, e além disso não comprovam sequer que os referidos serviços tenham sido realizados na Fazenda Taquaral.

Relata que o documento juntado pelo requerido Paulo Francisco (instrumento de distrato) era fraudulento, pois havia sido falsificada uma das assinaturas constantes no distrato.

Explana que a ação declaratória de nulidade de ato jurídico movida pelo autor Hissasse Moribe em face do requerido Paulo Francisco foi julgada totalmente procedente em primeira instância, reconhecendo-se a falsidade das assinaturas e a nulidade do negócio. E mais, recentemente este Tribunal de Justiça confirmou a mencionada sentença de primeira instância, ao proferir julgamento nos autos do Recurso de Apelação nº 0000560-29.2006.8.12.0031.

Requer a concessão da tutela provisória de urgência, para o fim de suspender os efeitos do acórdão rescindendo até a solução definitiva da presente ação rescisória.

A tutela provisória de urgência foi concedida. (f. 1.474-1.483)

Em contestação, o requerido Antônio Carlos Pereira Chaves suscita preliminar de coisa julgada e aplicação da Súmula 343 do STF e, no mérito, pugna pela improcedência do pedido.

Em contestação, o requerido Paulo Francisco de Souza suscita preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer.

A parte autora foi intimada para manifestar-se sobre as preliminares arguidas.

VOTO (EM 20/08/2018)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Hissasse Moribe com fundamento no art. 966, V, do CPC, propõe ação rescisória em face de Antônio Carlos Pereira e Paulo Francisco de Souza, visando a desconstituição do acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 2009.033693-3, que negou provimento ao apelo de Antônio Carlos Pereira e deu parcial provimento ao recurso interposto por Hissasse Moribe, apenas para afastar o documento de f. 22 dos autos da ação rescindenda, mantendo, por conseguinte, a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de:

(...) “condenar os requerido Hissasse Moribe e Paulo Francisco de Souza no pagamento dos danos materiais em favor do requerente, referente aos lucros que o mesmo deixou de auferir em relação às lavouras de soja (safra 2002/2003 e 2003/2004) e milho (safra 2003), cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença. Serão devidos apenas os lucros da produção, ou seja, durante a liquidação, deverá ser efetuado o desconto de todas as despesas referentes ao cultivo das safras, bem como o pagamento da renda.”

Mister se faça um breve relato dos fatos.

O ora requerido Antônio Carlos Pereira Chaves moveu ação de rescisão de contrato de arrendamento rural c/c perdas e danos em face de Hissasse Moribe (proprietário da fazenda) e Paulo Francisco (empregado). – f. 44 e seguintes (Autos 031.04.001466-6)

Para tanto alegou que celebrou um contrato de arrendamento com os requeridos (Hissasse e Paulo) pelo prazo de três anos, com início em 15/04/2001 e término em 15/04/2004. Que no primeiro ano ficou isento do pagamento da renda, a qual seria devida apenas a partir do segundo ano. Que efetuou todos os procedimentos necessários para o preparo da terra. Que no dia 11/10/2002 notou um trator estranho trabalhando na propriedade e descobriu que os requeridos haviam lhe tomado o arrendamento e passado para a pessoa de José Carlos Binga. Que ante a conduta dos réus, lavrou um boletim de ocorrência na delegacia da cidade de Juti. Que, com o esbulho, os requeridos rescindiram unilateralmente o contrato, causando-lhe danos de ordem moral e material.

Por fim, requereu a rescisão do contrato e a condenação dos réus ao pagamento dos danos morais e materiais.

Após a devida instrução processual, o magistrado *a quo* proferiu sentença de parcial procedência, *verbis*:

“Julgo parcialmente procedente os pedidos iniciais para condenar os requerido Hissasse Moribe e Paulo Francisco de Souza no pagamento dos danos materiais em favor do requerente, referente aos lucros que o mesmo deixou de auferir em relação às lavouras de soja (safra 2002/2003 e 2003/2004) e milho (safra 2003), cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença. Serão devidos apenas os lucros da produção, ou seja, durante a liquidação, deverá ser efetuado o desconto de todas as despesas referentes ao cultivo das safras, bem como o pagamento da renda.” (f. 439)

Irresignados, Hissasse Moribe e Antônio Carlos recorreram a esta Corte, tendo a Terceira Câmara Cível decidido os apelos, nos seguintes termos:

“Diante do exposto, conheço de ambos os recursos, nego provimento ao recurso interposto por Antônio Carlos Pereira Chaves e dou parcial provimento ao apelo de Hissasse Moribe, apenas para afastar o documento anexado as f. 22, pois foi emitido no ano de 2004, não se referindo portanto a despesas com o contrato de arrendamento, mantendo, na íntegra, a sentença invectivada.” (f. 617-632)

Em face do dito acórdão, o ora autor (Hissasse Moribe) interpôs recurso especial, que teve seguimento negado. (f. 634-682)

Como consequência, o ora autor interpôs agravo junto ao STJ, que também teve provimento negado. (f. 686-736)

O ora autor interpôs agravo regimental, que foi desprovido. (f. 740-745)

Embargos de declaração rejeitados (f. 748).

Trânsito em julgado em 11/11/2016. (f. 792)

O ora requerido Antônio Carlos Pereira Chaves iniciou o procedimento de liquidação de sentença. (f. 795)

O ora autor propõe a presente rescisória sob os seguintes argumentos:

Alega que há nulidade absoluta do negócio jurídico, pois houve manifesta violação às normas do Código Civil (inadmissibilidade do uso discricionário da teoria da aparência).

Argumenta que o negócio jurídico é nulo de pleno direito, celebrado por agente incapaz, não revestido da forma prescrita em lei, e que para o qual não concorreu a vontade do autor.

Expõe que o ora requerido Paulo Francisco, munido de uma procuração que não lhe conferia poderes para celebrar o contrato de arrendamento, assinou de forma totalmente ilegal e indevida o referido instrumento, o qual é nulo de pleno direito.

Salienta o autor Hissasse Moribe que foi totalmente ludibriado pelo requerido Paulo Francisco (empregado), que além de assinar indevidamente o contrato à total revelia do autor, em momento nenhum sequer avisou o senhor Hissasse Moribe a respeito de um possível arrendamento de sua fazenda.

Assevera que a ausência de poderes para que o requerido Paulo Francisco assinasse o instrumento de contrato não passou despercebida pelo crivo do Poder Judiciário nos autos da ação rescindenda, pois este fato foi devidamente reconhecido tanto na sentença de primeiro grau, como também no acórdão rescindendo.

Explica que a teoria da aparência, a qual sequer encontra previsão expressa na lei, não pode ser aplicada discricionariamente, não podendo se sobrepor de maneira absoluta às normas do Código Civil, que taxativamente preveem a nulidade do negócio jurídico.

Expõe que o contrato de arrendamento rural firmado pelo requerido Paulo Francisco é nulo, pois não era o titular do direito sobre o imóvel, e não possuía poderes especiais para representar o autor Hissasse Moribe no referido negócio.

Aduz que os artigos 1.295, § 1º do CC/1916 (vigente à época dos fatos) e 661, § 1º do CC/2002 não deixam nenhuma dúvida acerca da ausência de poderes especiais para que Paulo Francisco assinasse o referido contrato.

Reverbera que foi o próprio requerido Antônio Carlos quem juntou aos autos, ao distribuir a ação, a cópia da procuração que não conferia poderes para a prática do ato.

Relata que, caso prevaleça o entendimento majoritário do acórdão rescindendo, significa dizer que os simples mandatários poderão dispor do patrimônio dos mandantes sem exibir procuração específica, e que os terceiros adquirentes serão considerados de boa-fé, tornando letra morta o Código Civil, que exige procuração específica para esse tipo de ato de disposição do patrimônio.

Alude que a teoria da aparência não pode ser usada para justificar atos de disposição do patrimônio, ou de transferência da posse direta do bem a terceiros, ou quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária.

Explana que o artigo 662 do Código Civil prescreve que os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes perante o mandante.

Alega que o artigo 1.306 do CC/16 era expresso e taxativo no sentido de que não possui ação contra o mandante o terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, fizer com ele contrato exorbitante do mandato.

Argumenta que, em situações para as quais o direito já tenha assegurado tutela específica (como é o caso dos artigos 1.295, 1.305, e 1.306 do Código Civil vigente à época dos fatos), não há falar na aplicabilidade da teoria da aparência.

Expõe que não há como acolher a tese da teoria da aparência, já que o requerido Paulo Francisco não se apresentou para Antônio Carlos como o dono da fazenda Taquaral, mas sim como simples mandatário, inclusive exibindo em mãos a cópia do mandato.

Salienta que os valores supostamente recebidos por Paulo Francisco de Souza, em razão dos alegados arrendamentos, jamais foram repassados ao requerente. Até mesmo o gado que existia na Fazenda Taquaral foi vendido por Paulo Francisco de Souza, sem o conhecimento do Autor Hissasse Moribe, o que inclusive ensejou *notitia criminis* protocolada na Comarca de Caarapó/MS (f. 278-283 dos autos da ação rescindenda).

Assevera que o acórdão violou os artigos 82, 145, I e III, 1295, 1305 e 1306 do Código Civil de 1.916, e seus correspondentes artigos 104, 166, I e IV, 661, 662 e 673 do atual Código Civil.

Explica que, para aplicação da teoria da aparência, deve haver a presença de requisitos subjetivos por parte dos agentes do negócio jurídico considerado, ou seja, exige-se a presença concomitante dos pressupostos da boa-fé dos contratantes e da existência de erro invencível ou escusável. E no caso, não há como reconhecer a boa-fé do requerido Antônio Carlos.

Expõe que o requerido Antônio Carlos sequer comprovou que o contrato se realizou ou que tenha tomado posse da área da fazenda, não havendo provas nos autos de que iniciou o plantio de lavoura no local.

Aduz que na época da compra dos fertilizantes, o requerido Antônio Carlos já não se encontrava mais (se é que esteve algum dia) na Fazenda Taquaral, pois segundo ele próprio, o esbulho teria ocorrido no dia 11/10/2002, e a nota fiscal foi emitida em 06/10/2003. E mais, O endereço e a inscrição estadual referem-se à Fazenda Taquara, e não à Fazenda Taquaral, o que demonstra que o requerido faltou com a verdade inclusive perante o Poder Judiciário.

Reverbera que os demais gastos apresentados pelo requerido Antônio Carlos como as diárias de catas de raízes, bem como o trabalho com o trator de esteiras, apresentam valores exorbitantes, e além disso não comprovam sequer que os referidos serviços tenham sido realizados na Fazenda Taquaral.

Relata que o documento juntado pelo requerido Paulo Francisco (instrumento de distrato) era fraudulento, pois havia sido falsificada uma das assinaturas constantes no distrato.

Explana que a ação declaratória de nulidade de ato jurídico movida pelo autor Hissasse Moribe em face do requerido Paulo Francisco foi julgada totalmente procedente em primeira instância, reconhecendo-se a falsidade das assinaturas e a nulidade do negócio. E mais, recentemente este Tribunal de Justiça confirmou a mencionada sentença de primeira instância, ao proferir julgamento nos autos do Recurso de Apelação nº 0000560-29.2006.8.12.0031.

Requeru a concessão da tutela provisória de urgência, para o fim de suspender os efeitos do acórdão rescindendo até a solução definitiva da presente ação rescisória.

A tutela provisória de urgência foi concedida. (f. 1.474-1.483)

Em contestação, o requerido Antônio Carlos Pereira Chaves suscita preliminar de coisa julgada e aplicação da Súmula 343 do STF e, no mérito, pugna pela improcedência do pedido.

Em contestação, o requerido Paulo Francisco de Souza suscita preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer.

A parte autora foi intimada para manifestar-se sobre as preliminares arguidas.

Passo à análise conjunta das preliminares arguidas em contestação.

Coisa julgada e violação da Súmula 343 do STF

O requerido sustenta que a matéria da presente ação já foi defendida pelo autor da ação rescindenda desde sua primeira manifestação na causa principal (contestação - f. 107-120), bem como em todos os recursos apresentados, que mantiveram a aplicação da teoria da aparência, o que acabou resultando em multa por litigância de má-fé diante do intuito nitidamente protelatório do autor.

E mais, a alegação de manifesta violação das normas jurídicas apresentada pelo autor se funda justamente na interpretação controvertida sobre aplicação ou não da teoria da aparência, o que viola a Súmula 343 do STF.

Pois bem, segundo a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha são pressupostos da ação rescisória:

“Além da observância dos pressupostos processuais gerais de validade (como o interesse, a legitimidade e a competência, por exemplo), para que se admita a ação rescisória são necessários: a) uma decisão judicial rescindível; b) o enquadramento da situação em uma das hipóteses de rescindibilidade, que estão relacionadas no art. 966, no § 15 do art. 525, no § 8º do art. 535 ou no art. 658, todos do CPC” (Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3, p. 422).

Quanto ao objeto da rescisão, ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que:

“Cabe ação rescisória para desconstituir decisão definitiva de mérito transitada em julgado (art. 966, CPC). O que interessa para saber se cabe ou não ação rescisória nessa hipótese é que o ato judicial tenha se pronunciado de maneira definitiva sobre o mérito” (Novo Código de Processo Civil Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.021).

Como se vê, a ação rescisória é meio processual destinado a atacar decisões de mérito transitada em julgado, isto é, uma decisão rescindível quando presentes as hipóteses elencadas no artigo 966, do CPC/2015, situação verificada no caso em espécie. O fato do autor ter esgotado todas as instâncias recursais não afasta a hipótese da sua admissibilidade, porquanto presentes os requisitos para o seu cabimento.

Contudo, para que a ação rescisória fundada no artigo 966, inciso V, do CPC/2015 prospere, é necessário que a interpretação dada pela decisão rescindenda seja de tal modo aberrante que viole a norma legal em sua literalidade, fato este verificado, pois conforme se verá no mérito da ação, a procuração outorgada ao empregado de Hissesse não lhe conferia poderes para realizar em nome do empregador o contrato de arrendamento sem a sua anuência, tendo em vista que a legislação vigente à época dos fatos exigia para tal ato procuração com poderes especiais e expressos.

Sobre o que se entende pelo termo “literal” (expressão empregada pelo CPC/1973), esclarece Humberto Theodoro Júnior:

“O conceito de violação de “literal disposição de lei” vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. Não obstante, o novo estatuto deliberou conservar a mesma expressão.

O melhor entendimento, a nosso ver, é o de Amaral Santos, para quem sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; “é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é

repulsiva à lei error in judicando, como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação error in procedendo”.

(...) De tal arte, doutrina e jurisprudência estão acordes em que “viola-se a lei não apenas quando se afirma que a mesma não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está posto, não só quando há afronta direta ao preceito, mas também quando ocorre exegese indubitavelmente errônea” (In Curso de Direito Processual Civil. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. I, p. 761-762).

Igualmente oportuna a lição de Sérgio Rizzi:

“Há violação de literal disposição de lei quando a sentença: a) nega validade a uma lei, evidentemente válida; b) dá validade a uma lei que não vale; c) nega vigência a uma lei que ainda vige; d) admite a vigência de uma lei que ainda não vige ou que já não vige; e) nega aplicação a uma lei reguladora da espécie; f) aplica uma lei não reguladora da espécie; g) interpreta tão erroneamente a lei que, ‘sob a cor de interpretar, é a lei tratada ainda no seu sentido literal” (Ação Rescisória. RT, 1979, p. 107).

Nesse mister, nota-se que a disposição contida no artigo 966, inciso V, do CPC/2015 admite a desconstituição de julgado por violação manifesta de norma jurídica “quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro” (RTJ, 48/788), sendo que o e. Supremo Tribunal Federal assentou que, “para que o desvio ou erro na interpretação da lei possa autorizar o exercício da ação rescisória, é mister que seja tal vulto que corresponda à negativa da lei em sua literalidade” (RT, 452/218), acentuando Pontes de Miranda que “a violação pode ser expressa, consciente, confessada, declarada ou inexpressiva, inconsciente, dissimulada, ocultada, velada, disfarçada. Não importa como seja ela. O que é preciso, para que se componha o pressuposto da rescisão, é a violação em si, a negação do direito” (Comentários ao Código de Processo Civil. T. VI, p. 307).

Destarte, somente se evidencia violação da norma jurídica se a decisão estiver em sentido contrário ao ordenamento jurídico, se negar vigência à lei, valendo registrar que toda e qualquer violação ao direito objetivo consubstanciado em infração a “manifesta violação a norma jurídica”, necessariamente, há de negar o direito, nos exatos termos definidos nas regras legislativas, deixando de reconhecer a norma no caso concreto, com evidente infringência ao texto que, claramente, regula a hipótese, acarretando atentado à ordem jurídica.

Não sem razão, diga-se de passagem, o CPC/2015 optou por substituir a expressão “*violar literal disposição de lei*” por “*violar manifestamente norma jurídica*” (artigo 966, inciso V), expressão mais ampla que engloba qualquer espécie normativa, seja processual ou material, de direito público ou privado.

Conforme ensinamento trazido por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“Se a decisão passada em julgado viola ‘manifestamente norma jurídica’, cabe ação rescisória (art. 966, V, CPC). O art. 966, V, CPC, fala em manifesta violação de norma jurídica: com isso, autoriza a rescisão da coisa julgada em que há a violação de princípio, regra ou postulado normativo. Autoriza, ainda, a violação à norma consuetudinária. A jurisprudência exige que o demandante aponte os dispositivos que entende violados pela decisão judicial (STJ, 2.ª Turma, REsp 770.972/GO, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04.09.2007, DJ 02.10.2007, p. 230)” (Novo Código de Processo Civil Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.023).

Assim, se a procuração outorgada pelo ora autor ao seu empregado não lhe conferia poderes especiais e expressos para alienar a coisa sem a anuência do proprietário, logicamente que o acórdão rescindendo violou manifestamente o art. 1.295, § 1º do CC/16, ao acolher a tese da teoria da aparência.

De outro modo, não há falar em violação da Súmula 343 do STF, porquanto conforme já fundamentado, admite-se a ação rescisória quando a violação a disposição literal de lei mostrar-se aberrante e cristalina, além de ofender normas e princípios jurídicos, o que ficou demonstrado no caso.

Sobre o tema é o entendimento do STJ:

“(...) 2. Vale destacar que “O cabimento da Ação Rescisória com base em violação a disposição literal de lei somente se justifica quando a ofensa se mostre aberrante, cristalina, observada primo ictu oculi, consubstanciada no desprezo do sistema jurídico (normas e princípios) pelo julgador rescindendo (...)” (AgInt no REsp 1710870/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018)

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

“(...) 4. Para que a ação rescisória fundada no inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil prospere, é necessário que a interpretação dada pelo julgador seja de tal forma aberrante que viole manifestamente norma jurídica...” (TJMS. Ação Rescisória nº 1410756-20.2016.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Seção Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 04/09/2017, p: 05/09/2017)

Logo, rejeito as preliminares.

Ilegitimidade passiva

O requerido Paulo Francisco de Souza sustenta ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação, pois foi réu na ação originária e devedor solidário segundo a sentença. Assim, não pode ser demandado em conjunto com o autor daquela ação, a não ser que a tese rescindenda tivesse como esboço a unidade de desígnios de Antônio Carlos Pereira Chaves e Paulo Francisco de Souza em lesar o autor desta ação rescisória.

Em que pesem os seus argumentos, a preliminar deve ser rejeitada.

Com efeito, segundo a teoria da asserção, aplicável modernamente no Direito Processual, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o que é asseverado pela parte autora na sua petição inicial.

Assim, o momento para se verificar a existência das condições da ação é quando o juiz realiza o primeiro contato com a petição inicial, deixando o exame das questões de mérito, relativas à procedência ou à improcedência da demanda, para o julgamento final.

Esse é o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL (...) TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA (...) 2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 53.146/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 16/02/2012)

A orientação também encontra amparo na doutrina, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni:

“Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida

por ela não estar vencida. *Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido, de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito (...)* É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito”. (Teoria Geral do Processo. 3. ed. p.182-183) (grifei).

No mesmo sentido, entende esta Corte:

“EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – ACOLHIDA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CÂMARA LEGISLATIVA – **REJEITADA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RAZÃO DA TEORIA DA ASSERTÇÃO** – MÉRITO – APOSENTADORIA ESPECIAL – APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.213/91 – INEXISTÊNCIA – LEI COMPLEMENTAR – CONCESSÃO DA INJUNÇÃO.

Acolhe-se a preliminar de impertinência subjetiva da Assembleia Legislativa para figurar no pólo passivo do mandado de injunção, caso demonstrado que a omissão apontada pelo impetrante, mesmo em tese, só pode ser sanada pelo Governador do Estado.

Rejeita-se a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido, se o mesmo, analisando in status assertionis, admite pleno trânsito processual, inexistindo vedação abstrata para a utilização da via injuncional visando suprir omissões legislativas.

Diante da inexistência da Lei Complementar disciplinadora dos casos insertos nos três incisos do § 4º do art. 40 da CF, deve ser garantido ao impetrante a análise de seu pedido de aposentadoria especial, pela autoridade administrativa competente, tendo como aplicação as normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo, oportunidade em que se averiguará a satisfação dos requisitos autorizadores para a sua concessão” (TJMS - Mandado de Injunção – Nº 2010.006591-1/0000-00 - Relator Designado - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Órgão Especial - j. 5.5.2010) (grifei)

Assim, levando-se em conta a aplicabilidade de tal teoria pelo ordenamento jurídico, amplamente aceita e utilizada também pela jurisprudência, não há falar em acolhimento da preliminar, uma vez que as condições da ação e pressupostos devem ser analisadas de forma abstrata, *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com as afirmações feitas na inicial, de modo que, passada a fase inicial processual, estar-se-á diante da análise do mérito do pedido deduzido.

Aliás, a tese relativa a teoria da aparência se confunde com o mérito, notadamente porque a constatação de tal fato jurídico perpassa necessariamente pela análise das alegações da parte autora e dos requeridos, em confronto com as provas carreadas aos autos e sempre à luz do direito aplicado ao caso.

Nesse norte, a legitimidade *ad causam* é conferida aos titulares da relação jurídica de direito material hipotética ou afirmada na petição inicial. E, no caso, como o autor expôs os fatos e fundamentos jurídicos de sua pretensão, formulando pedido em relação aos requeridos, evidencia-se a pertinência subjetiva do réu para participar da presente demanda.

Nesse sentido:

“COMERCIAL, CIVIL E PROCESSO CIVIL – USUFRUTO. CONSERVAÇÃO DA COISA – DEVER DO USUFRUTUÁRIO – NULIDADE – SIMULAÇÃO – LEGITIMIDADE – TERCEIRO INTERESSADO – REQUISITOS – OPERAÇÃO SOCIETÁRIA – ANULAÇÃO – LEGITIMIDADE – CONDIÇÕES DA AÇÃO – ANÁLISE – TEORIA DA ASSERÇÃO – APLICABILIDADE – DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 168 DO CC/02; E 3º, 6º E 267, VI, DO CPC. (...) 6. As condições da ação, entre elas a legitimidade ad causam, devem ser avaliadas in status assertionis, limitando-se ao exame do que está descrito na petição inicial, não cabendo ao Juiz, nesse momento, aprofundar-se em sua análise, sob pena de exercer um juízo de mérito. 7. Recurso especial provido”. (STJ - REsp: 1424617 RJ 2013/0406655-4, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 06/05/2014, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 16/06/2014)

“LEGITIMIDADE PASSIVA – TEORIA DA ASSERÇÃO. Em nosso ordenamento jurídico, as condições da ação são analisadas em abstrato, bastando a indicação feita pelo trabalhador de quem este entende ser o responsável pelo adimplemento da obrigação para que a parte esteja legitimada passivamente”. (TRT-1 - RO: 00015051620125010046 RJ, Relator: Marcos Cavalcante, Data de Julgamento: 14/05/2014, Sexta Turma, Data de Publicação: 23/05/2014)

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito

Compulsando os autos, denoto que no dia 20 de janeiro de 1997 o Sr. Hissasse (ora autor e proprietário da fazenda Taquaral) outorgou uma procuração para o seu empregado, Sr. Paulo Francisco (ora réu), conferindo os seguintes poderes:

*“Hissasse Moribe, brasileiro, casado, agropecuarista, portador da cédula de identidade RG nº 073.660.008-68, residente e domiciliado no Sítio Moribe, Bairro Três Barras, na cidade de Cafelândia (SP) pelo instrumento de procuração, nomeia e constitui seu bastante procurador **Paulo Francisco De Souza**, brasileiro, solteiro, Contabilista, regularmente inscrito no **Conselho Regional de Contabilidade de Mato Grosso do Sul (CRC/MS)**, respectivamente sob nº 949/95, e portador da cédula de identidade RG nº 000.764.019, e inscrito no CPF sob nº 608.529.411-53, residente e domiciliado na Fazenda Taquaral, CEP 79955-000, na cidade de Juti-MS, a quem confere amplos poderes para promover, nas repartições competentes do Instituto Nacional de Colonização e reforma Agrária (Incra), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (Ibama), Departamento Nacional de estradas de Rodagem (DNER), Secretaria da Fazenda e receita Federal ((RF), conferindo também amplos poderes para atuação junto à Justiça Estadual da Comarca de Caarapó-MS, podendo propor contra quem de direito as ações competentes e defendê-las nas contrárias, seguindo umas e outras, até o final decisão, usando dos recursos legais e acompanhando-os, conferindo-lhes, ainda, poderes especiais para confessar, desistir, reconvir, transigir, firmar compromissos ou acordos, receber e dar quitação, estando ainda habilitado a praticar qualquer ato lícito que se faça necessário ao pleno desempenho do presente mandato, dando tudo por bom, firme e valioso.” - destaquei*

De posse dessa procuração Paulo realizou um contrato de arrendamento com o Sr. Antônio Carlos Pereira Chaves, tendo por objeto 60 (sessenta) alqueires pelo prazo de três anos, com início em 15 de abril de 2001 e término em 15 de abril de 2014.

Com base nesse contrato, o arrendatário (Antônio Carlos Pereira Chaves) moveu ação de rescisão de contrato de arrendamento rural c/c perdas e danos em face de Hissasse Moribe (proprietário da fazenda) e Paulo Francisco (empregado) alegando que os requeridos haviam lhe tomado o arrendamento e passado para a pessoa de José Carlos Binga. Que ante a conduta dos réus, lavrou um boletim de ocorrência na

delegacia da cidade de Juti. Que, com o esbulho, os requeridos rescindiram unilateralmente o contrato, causando-lhe danos de ordem moral e material.

Não obstante tais alegações, vejo que a aludida procuração não conferia poderes expressos para que o empregado de Hissasse realizasse o contrato de arrendamento sem a sua anuência, tendo em vista que a legislação vigente à época dos fatos exigia para tal ato procuração com poderes especiais e expressos, *verbis*:

“Art. 1.288 CC/16 - Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

(...)

Art. 1.295 CC/16 - O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir ou praticar outros quaisquer atos, que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos. - destaquei

§ 2º O poder de transigir (arts. 1.025 a 1.036) não importa o de firmar compromisso (arts. 1.037 a 1.048).

(...)

Art. 1.305 CC/16 - O mandatário é obrigado a apresentar o instrumento do mandato às pessoas, com quem tratar em nome do mandante, sob pena de responder a elas por qualquer ato, que lhe exceda os poderes.”

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

“Mandato com poderes especiais. Configurar-se-á mandato com poderes especiais se envolver atos de alienação ou disposição, exorbitando dos poderes de administração ordinária...

Para os casos em que o parágrafo primeiro do art. 661 exige poderes especiais, a procuração deve conter a identificação do objeto.” (Código Civil Anotado, Saraiva, 13ª edição, 2008, p. 485)

Sobre o assunto, a III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal editou o seguinte enunciado:

“183 – Arts. 660 e 661: Para os casos em que o parágrafo primeiro do art. 661 exige poderes especiais, a procuração deve conter a identificação do objeto”.

Ao comentar os artigos acima citados preleciona Fabrício Zamprogna Matiello:

“2. Atos de maior complexidade e que impliquem em intervenção na substância da coisa, ou dos quais decorra a constituição de direitos reais, o surgimento de compromissos econômicos consideráveis para o mandante e outras implicações desse jaez somente poderão ser praticados por mandatário munido de poderes especiais e expressos.

*3. O parágrafo em estudo traz elemento exemplificativo das condutas que para a sua efetivação reclamam poderes mais extensos do que os gerais e comuns. **Destarte, o mandatário precisará de poderes especiais e expressos para alienar coisas, seja a título gratuito ou oneroso.** Também para transigir, pois isso via de regra envolve a abdicação de*

elementos de conteúdo econômico. Enfim, para a prática de todos os atos que exorbitem da administração ordinária (emissão de títulos, renúncia de herança, recusa de doação com encargo etc.) terá o mandatário de receber prerrogativas mais amplas, o que se dá através da confecção de procuração de que constem expressamente poderes especiais.

4. Não se admite a constituição verbal ou tácita de mandato especial, pois o legislador menciona no dispositivo a necessidade de procuração, ou seja, de instrumento escrito no qual sejam mencionados especificamente os poderes conferidos ao mandatário.” (Código Civil Comentado. 4. ed. LTr, p. 418) - destaquei

No caso vertente ficou comprovado que o ora requerido (Paulo), na qualidade de empregado, não detinha poderes para celebrar, em nome do proprietário da Fazenda Taquaral, o instrumento particular de arrendamento rural, pois ausentes poderes específicos para tanto.

Não foi por outra razão, que o Des. Rubens Bergonzi Bossay assim fundamentou quando da análise do recurso de apelação outrora citado:

“Vê-se que o instrumento particular foi celebrado por Paulo Francisco de Souza, na qualidade de representante do proprietário da Fazenda Taquaral – Sr. Hissasse Moribe, para tanto aduziu, a época, ser portador de uma procuração que lhe dava poderes para o realizar o referido negócio jurídico.

Estabelecem os artigos 1288, 1.295 e 1.305 do Código Civil de 1916, que é o aplicado à época dos fatos:

(...)

No caso em tela, verifica-se que a procuração apresentada pelo Sr. Paulo Francisco de Souza, quando da celebrado do instrumento particular de arrendamento rural, não lhe conferia o poder de praticar tal ato.

(...)

Há de se concluir, pelo acima descrito, que o Sr. Paulo Francisco de Souza não tinha poderes para celebrar, em nome do proprietário da Fazenda Taquaral, o instrumento particular de arrendamento rural.

Evidencia-se, também, que referida procuração foi apresentada ao Sr. Antônio Carlos Pereira Chaves, no momento da celebração do instrumento, e, portanto, tinha ciência de que o Sr. Paulo Francisco de Souza não tinha poderes para firmá-lo.” - destaquei

Ainda que no acórdão rescindendo os demais julgadores tenham decidido com fundamento na teoria da aparência, ficou demonstrado nos autos que o ora requerido Paulo não tinha poderes para celebrar o contrato de arrendamento com o Sr. Antônio Carlos Pereira Chaves. Ademais, o requerido Antônio sequer chegou a tomar posse no imóvel arrendado, tanto que nem se preocupou em rever o imóvel de quem injustamente encontrava-se na posse, ou seja, o Sr. José Carlos Pinga, que inclusive tinha colocado um trator trabalhando na área.

No mesmo sentido são os fundamentos do voto proferido pelo Des. Rubens Bergonzi Bossay:

“Vale ressaltar, ainda, pelos documentos constantes dos autos, em especial o Boletim de Ocorrência nº 057/2002 (f. 16-17), que o Sr. Antônio Carlos Pereira Chaves não tomou posse do imóvel arrendado, porquanto não se preocupou em rever o imóvel de quem injustamente encontrava-se na posse, ou seja, o Sr. José Carlos Pinga, que inclusive tinha colocado um trator trabalhando na área.

Ademais, deveria restar demonstrado nos autos que o Sr. Antônio Carlos Pereira Chaves iniciou o plantio da lavoura consignada no instrumento particular (f. 12).

Por qual motivo foi celebrado o instrumento particular de arrendamento rural entre o Sr. Antônio Carlos Pereira Chaves e o Sr. Paulo Francisco de Souza é um questionamento que não se tem resposta. Contudo, evidente que não foi para ser cumprido, já que não há nenhum documento nos autos que possa convalidar a assertiva de que o Sr. Antônio Carlos Pereira Chaves encontrava-se na posse do bem imóvel.

Logo, não há como aplicar ao caso a teoria da aparência.”

Importante ressaltar ainda que o ora autor também moveu ação anulatória de ato jurídico contra o ora réu (Paulo Francisco – Autos nº 0000560-29.2006.8.12.0031), na qual tinha por objeto rescindir as declarações constantes em dois documentos públicos (uma procuração e uma escritura pública de dação em pagamento – Termo de Acordo), sob a alegação de que as assinaturas ali apostas seriam falsas.

Na referida ação o magistrado *a quo* julgou procedentes os pedidos:

(...) “para o fim de declarar a nulidade absoluta do termo de acordo de f. 13-15, do instrumento de procuração de f. 19-20, objeto do livro 09, página 003-004, do Cartório de Registro Civil e Tabelionato de Notas de São Pedro do Paraná, comarca de Loanda/PR, bem como da escritura pública de dação em pagamento de f. 21-26, objeto do livro nº 31, páginas 075-080 do mesmo Cartório”.

Em sede recursal, o apelo interposto pelo ora requerido (Paulo) foi desprovido por unanimidade.

No referido julgamento tive a oportunidade de analisar a matéria, tendo decidido que:

(...) “o Sr. Perito concluiu que comparando todas as assinaturas colhidas com aquelas constantes do termo de acordo, da procuração por instrumento público e escritura pública de dação em pagamento, elas apresentam ampla divergência morfológica e ideográfica (f. 345).

Além disso, o expert apontou nada mais do que 10 (dez) divergências existentes entre as assinaturas lançadas nos documentos confrontados.”

E ainda, constou em meu voto a seguinte fundamentação:

“No aludido “termo”, os autores teriam se declarado devedores de Paulo Francisco de Souza da importância de R\$ 1.115.000,00 por verbas rescisórias trabalhistas e mais de R\$ 2.595.000,00 como indenização por danos morais; constando ainda na cláusula 5ª, que o pagamento seria efetuado na modalidade de dação em pagamento da área de 898 hectares, da Fazenda Taquaral.

Ora, custa acreditar e gera até mesmo perplexidade que um empregado por mais tempo que trabalhe em uma propriedade rural, venha a adquiri-la do empregador, na modalidade de dação em pagamento por meio de dívidas trabalhistas. O que chama mais atenção ainda, é o fato de que o empregador teria reconhecido de livre e espontânea vontade responsabilidade por dano moral, através de um instrumento particular, no valor de R\$ 2.595.000,00 (dois milhões e quinhentos e noventa e cinco mil reais), isso em novembro de 2005.

(...)

Destarte, por tudo que consta nos autos, não se pode dar credibilidade à versão apresentada pelos requeridos/apelantes como causa que deu origem ao termo de acordo, de forma que ante as dúvidas existentes, deve prevalecer a primeira perícia que concluiu pela falsificação das assinaturas, razão pela qual a manutenção da sentença é medida que se impõe.”

Conforme se denota, o requerido Paulo Francisco de Souza agiu em mais de uma situação em total desproveito do Sr. Hissasse, proprietário da fazenda na qual o requerido era empregado.

Apenas para esclarecer, a assinatura discutida na ação anulatória e que foi anulada não se refere à procuração discutida nos presentes autos, tratando-se, portanto de situações completamente distintas, porém, com certa similitude quanto aos atos praticados pelo empregado do ora autor.

Por essa razão, ficando demonstrado que de longa data o ora requerido Paulo vem atuando de maneira a prejudicar o ora autor, aliado ao fato de que a procuração outorgada pelo Sr. Hissasse ao seu empregado não lhe conferia poderes expressos para realizar o contrato de arrendamento sem a anuência do proprietário, merece procedência o pedido inicial.

Nesse sentido:

“ARRENDAMENTO MERCANTIL – DECRETO-LEI 911/1969 – CONVERSÃO EM AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – PROCURAÇÃO GERAL – TRANSAÇÃO – EXIGÊNCIA – PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS – AUSÊNCIA DE PODERES ESPECIAIS – NULIDADE – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – SENTENÇA MANTIDA.

A ação de execução em face da ré/apelada não merece prosperar, haja vista que fundada em título executivo extrajudicial (aditivo do contrato de arrendamento mercantil) que não foi firmado pela executada. A procuração outorgada lhe confere poderes meramente administrativos. Nessa conformidade, as transações, no presente caso, bem como os atos que vão além dos termos gerais, exigem poderes especiais para tanto (art. 661, § 1º, do Código Civil). Logo, o título executivo extrajudicial está eivado de nulidade de pleno direito, de modo que a extinção da ação de execução de quantia certa é medida que se impõe. Apelação desprovida.” (TJ-DF 20130210028997 DF 0002851-83.2013.8.07.0002, Relator: Hector Valverde, Data de Julgamento: 26/07/2017, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 04/08/2017. P.: 245-256) – destaquei

“(…) II - NOS TERMOS DO ART. 661 DO CC, O MANDATO EM TERMOS GERAIS SÓ CONFERE PODERES DE ADMINISTRAÇÃO – PARA ALIENAR OU PRATICAR ATOS QUE EXORBITEM DA ADMINISTRAÇÃO ORDINÁRIA, A PROCURAÇÃO DEPENDE DE PODERES ESPECIAIS E EXPRESSOS.

III - SÃO INEFICAZES EM RELAÇÃO AO MANDANTE OS ATOS PRATICADOS PELO MANDATÁRIO QUE NÃO TINHA PODERES SUFICIENTES, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 662 DO CC (…)” (TJ-DF - APL: 676568720098070001 DF 0067656-87.2009.807.0001, Relator: Vera Andriighi, Data de Julgamento: 14/03/2012, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 22/03/2012, DJ-e P. 196)

“APELAÇÃO CÍVEL – ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – PRELIMINAR – CARÊNCIA DE AÇÃO – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS – CONSTATAÇÃO – REQUISITOS ATINENTES AO MÉRITO CAUSAE – ART. 1.418 DO CC – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – CORRETOR – ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL SEM PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS – AUTORIZAÇÃO DOS COPROPRIETÁRIOS – INEXISTÊNCIA – DIREITO REAL NÃO COMPROVADO.

(...) A alienação e a prática de ato que exorbita a administração ordinária estão sujeitas à procuração com poderes especiais e expressos (art. 661, § 1º do CC). Se o corretor pratica ato em nome do promitente vendedor sem procuração com poderes específicos, inexistente contrato de promessa de compra e venda a deferir a adjudicação compulsória (...)” (TJ-MG - AC: 10324120133446001 MG, Relator: Manoel dos Reis Moraes, Data de Julgamento: 12/09/2017, Câmaras Cíveis/10ª Câmara Cível, Data de Publicação: 22/09/2017) – destaquei

Destarte, não poderia o ora requerido, na qualidade de empregado do ora autor realizar contrato de arrendamento rural valendo-se de uma procuração cujo objeto era tão somente a administração ordinária dos negócios, tais como:

(...) “promover, nas repartições competentes do Instituto Nacional de Colonização e reforma Agrária (Incra), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (Ibama), Departamento Nacional de estradas de Rodagem (DNER), Secretaria da Fazenda e receita Federal ((RF), conferindo também amplos poderes para atuação junto à Justiça Estadual da Comarca de Caarapó-MS, podendo propor contra quem de direito as ações competentes e defendê-las nas contrárias, seguindo umas e outras, até o final decisão, usando dos recursos legais e acompanhando-os, conferindo-lhes, ainda, poderes especiais para confessar, desistir, reconvir, transigir, firmar compromissos ou acordos, receber e dar quitação, estando ainda habilitado a praticar qualquer ato lícito que se faça necessário ao pleno desempenho do presente mandato”.

De outro modo, muito embora não vigente à época dos fatos, o art. 662 do Código Civil, prevendo situações como a dos autos, estabeleceu que os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes perante o mandante.

Logo, impõe-se a procedência do pedido.

Pelo exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, julgo procedente o pedido, a fim de rescindir o acórdão proferido na Ação de Rescisão de Contrato de Arrendamento Rural c/c Perdas e Danos nº 2009.033693-3.

Condeno os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, CPC.

Nos termos do art. 974 do CPC, determino a restituição do depósito em favor do autor.

Como consequência, julgo improcedente o pedido contido na ação de rescisão de contrato de arrendamento rural c/c perdas e danos, e condeno o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, CPC.

Indefiro o pedido de justiça gratuita formulado pelo requerido Antônio Carlos Pereira, tendo em vista que os documentos por ele juntados não comprovam a alegada hipossuficiência, tanto que no documento de f. 1.556 qualificou-se como arrendatário mas não juntou nenhum documento atinente a eventuais problemas financeiros voltados para a sua atividade.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Amaury), após o relator e o Des. Marcos Brito rejeitarem as preliminares e julgarem procedente a rescisória. Os demais aguardam.

VOTO (EM 18/10/2018)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (1º vogal)

Pedi vista dos autos para analisar detidamente o objeto do recurso interposto e constatei que entendimento exposto pelo eminente relator, é a mais adequada à situação, uma vez que de fato, o art. 1.295, § 1º do CC/16, vigente à época dos fatos, previa que para alienar, hipotecar, transigir ou praticar outros quaisquer atos, que exorbitem da administração ordinária, era necessária procuração com poderes especiais e expressos, o que não se verificou *in casu*.

Ademais, a teoria da aparência não pode se sobrepor a requisitos legais expressos. Ora, se a procuração foi necessária ao negócio realizado, e se referido documento não se encontrava de acordo com a norma legal vigente, não há como convalida-lo somente com base na teoria da aparência.

Ante o exposto, e por tudo mais que consta nos autos, acompanho o eminente relator.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (3º vogal)

Ausente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, julgaram procedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, a Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli, e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 18 de outubro de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0830077-58.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – ALTERAÇÃO DA DATA DE NASCIMENTO – CERTIDÃO DE BATISMO – PROVA INSUFICIENTE – RECURSO DESPROVIDO.

A retificação do assento no registro público deve ser feito por meio de petição fundamentada e instruída com documentos ou indicação de testemunhas.

A pretensão do requerente se baseia no documento de batismo, no entanto, tal documento, por si só, não tem força para autorizar a retificação do registro civil, que goza de presunção de veracidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 2º e 3º vogais, que davam provimento, em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Napoleão Dourado de Azevedo, inconformado com a sentença prolatada pelo juiz de direito da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de retificação de registro civil, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

Nas razões recursais, alega que houve erro do tabelião à época de seu registro, eis que teria nascido em 1950, porém foi registrado como se tivesse nascido em 1.951.

Relata que a jurisprudência nacional permite a utilização da certidão de batismo como prova do alegado.

Destarte, requer o provimento do recurso.

Não há contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (f. 183-188)

VOTO (EM 24/07/2018)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Napoleão Dourado de Azevedo, inconformado com a sentença prolatada pelo juiz de direito da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de retificação de registro civil, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

O requerente ingressou com a presente demanda pretendendo a retificação de seu assento de nascimento. Para tanto, aduziu que nasceu em 27 de julho de 1.950, porém constou erroneamente de seu assento a data de 27 de julho de 1951.

O magistrado a quo julgou improcedente o pedido. (f. 152-154)

Irresignado, o requerente recorre a esta Corte.

Nas razões recursais, alega que houve erro do tabelião à época de seu registro, eis que teria nascido em 1950, porém foi registrado como se tivesse nascido em 1.951.

Relata que a jurisprudência nacional permite a utilização da certidão de batismo como prova do alegado.

Destarte, requer o provimento do recurso.

Não há contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (f. 183-188)

Com efeito, dispõe o art. 109 da Lei nº 6.015/73 que a pessoa que pretende requerer a retificação do assento no registro público, deverá fazê-lo por meio de petição fundamentada e instruída com documentos ou indicação de testemunhas. *In verbis*:

“Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no registro civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório”.

De igual modo, a modificação do registro deve ocorrer em casos excepcionais, com justo e relevante motivo. Isso porque, aos registros públicos aplica-se a regra da imutabilidade, consoante previsto no art. 57 do mesmo diploma legal, a saber:

“Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.”

Sobre o tema, leciona Walter Ceneviva:

“Havendo erro no registro civil, deve ser corrigido, para pô-lo em harmonia como que é certo. Porém, em qualquer caso, cumpre ver se da retificação pode decorrer prejuízo para terceiro (Lei dos Registros Públicos comentada. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300).”

Não obstante, o erro, para que seja passível de retificação, deverá ser comprovado de forma inequívoca, o que não se verifica na hipótese presente.

Compulsando os autos, denota-se que a pretensão do requerente se baseia no documento de batismo (f. 26), no entanto, tal documento, por si só, não tem força para autorizar a retificação do registro civil, que goza de presunção de veracidade.

Para a certidão de batismo ser utilizada como meio idôneo de prova seria imprescindível estar acompanhada de outras provas pertinentes, o que não ocorreu.

Portanto, inexistindo prova robusta capaz de comprovar qualquer erro material no tocante à data de nascimento do requerente, deve ser mantida a sentença de primeiro grau, que julgou improcedente o pedido de retificação do registro de nascimento.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – DATA DE NASCIMENTO – CERTIDÃO DE BATISMO – INSUFICIÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – RECURSO NÃO PROVIDO. A despeito da seriedade e confiança das autoridades eclesiásticas, entende-se que a certidão de batismo, por si só, não comprova a existência de erro na data de nascimento sendo, portanto, insuficiente para desconstituir presunção relativa de veracidade de que goza o registro civil.” (TJ-MG - AC: 10431160043250001 MG, Relator: Yeda Athias, Data de Julgamento: 31/10/2017, Câmaras Cíveis/6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 14/11/2017)

“APELAÇÃO CÍVEL – REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS – RETIFICAÇÃO DA DATA DE NASCIMENTO – CERTIDÃO DE BATISMO – AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA – INCONGRUÊNCIA ENTRE A CERTIDÃO DE NASCIMENTO E A DE BATISMO – Mérito. A alteração da data de nascimento constante no registro civil exige prova robusta, conforme o artigo 109 da Lei 6015/73, a qual não veio aos autos. Há incongruência entre o nome do autor na certidão de nascimento e de batismo. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.” (Apelação Cível Nº 70070199740, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 31/08/2017).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL CERTIDÃO DE NASCIMENTO – ALTERAÇÃO DA IDADE – CERTIDÃO DE BATISMO – PROVA INSUFICIENTE – RECURSO NÃO PROVIDO. A ação de retificação de registro civil é procedimento de jurisdição voluntária, cuja principal característica é a ausência de litigiosidade. Assim, deve vir acompanhada de prova suficiente aos fins pretendidos pela parte. - A data de nascimento constante da certidão de batismo não pode ser considerada prova hábil a confrontar a certidão de nascimento, lavrada em cartório competente, e que goza de fé pública, - Recurso não provido. (TJ-MG - AC: 10414130016754001 MG, Relator: Luís Carlos Gambogi, Data de Julgamento: 11/02/2016, Câmaras Cíveis/5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 22/02/2016).

Ante o exposto, conheço do recurso e com o parecer, nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Fernando), após o relator negar provimento ao recurso. O 1º vogal se reserva.

VOTO (EM 07/08/2018)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º vogal)

Pedi vista para uma análise mais detida dos autos.

Conforme se ajuíza dos autos, o autor afirma que seu assento de nascimento foi lavrado aos 07.11.1967, pelo Cartório de Registro Civil do Município de Ipameri, Estado de Goiás, no Livro A-38, às f. 17 v. sob Termo nº 30.408, conforme certidão e assento de nascimentos juntados com a inicial. Afirma que se casou no ano de 1974 e após se separou, de acordo com documentos anexados aos autos.

Diz que embora na certidão de nascimento e na de casamento conste que ele nasceu em 27 de julho de 1951, na verdade a data correta de seu nascimento é 27 de julho de 1950, tanto que na sua certidão de batismo menciona que ele foi batizado em 14.06.1951, ou seja, data anterior àquele que consta dos mencionados assentos.

Em razão disso, pediu a retificação em seus registros, para que conste a data correta de seu nascimento, ou seja, 27 de julho de 1950.

Reputo oportuno destacar que a pretensão do apelante neste caso é a correção do ano do seu nascimento, constante dos seus assentos de nascimento e de casamento. Isso porque, como já salientado alhures, ele afirma que nasceu em 27 de julho de 1950, mas nos seus registros consta 27 de julho de 1951.

Nesse passo, vejo que o documento acostado aos autos (certidão de batismo), embora seja indicador de possível direito do recorrente, necessita ser confirmada por outros meios.

Ao analisar os autos, vejo que o julgador singular, ao julgar antecipadamente a lide, não oportunizou ao autor a produção da prova testemunhal requerida na sua inicial, sendo que na referida peça inclusive apresentou o rol das testemunhas que pretendia que fossem ouvidas em juízo, caso a prova documental não fosse suficiente. Tal implica cerceamento de defesa.

Por tais considerações, com a vênua do insigne relator, com o parecer, voto para dar provimento ao recurso, para o fim de tornar insubsistente a sentença de primeiro grau, para o fim de que o feito prossiga nos seus ulteriores termos, oportunizando a produção da prova oral, requerida pelo autor.

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

Conclusão de julgamento adiada, em face da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942, do CPC, após o relator e o 1º vogal negarem provimento ao recurso e os 2º e 3º vogais darem provimento ao recurso para anular a sentença.

VOTO (EM 09/10/2018)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 2º e 3º vogais, que davam provimento, em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélcio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0839334-39.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO DE BENS – HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO § 2º, DO ART. 659, DO NCPC – AFASTADA – AUSÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE LEI ORDINÁRIA E LEI COMPLEMENTAR – PREQUESTIONAMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A inovação trazida pelo art. 659 do NCPC, especificamente em seu § 2º, é que, agora, somente neste caso de arrolamento sumário, a partilha amigável será homologada (ou os bens adjudicados ao único herdeiro) anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*. Após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação, a Fazenda Pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto, fora do processo. Tal regra, como se vê, excepcionou o art. 192 do Código Tributário Nacional.

O posicionamento assimilado pela excelsa corte do país, por ocasião do julgamento de mérito da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 377.457, cuja relatoria coube ao eminente Ministro Gilmar Mendes, é que inexistente relação hierárquica entre a lei complementar e a lei ordinária, devendo a questão ser dirimida, exclusivamente, sob o prisma da “distribuição material entre as espécies legais”.

Inexistindo a alegada inconstitucionalidade, escoreita a sentença que homologou a partilha, com fulcro no art. 659 do NCPC.

Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de dezembro de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

RELATÓRIO

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença prolatada pelo juiz de direito da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande, nos autos de inventário ajuizado por Espedito Daniel da Silva, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que homologou a partilha dos bens deixados por espólio de Raimunda Gomes da Silva.

Alega que os formais de partilha, uma vez expedidos, não poderão ser registrados perante o CRI competente, face à ausência de comprovação do recolhimento do tributo devido ou sua isenção, pré-requisito para tanto.

Defende que o ITCD *causa mortis* deverá estar recolhido para que os formais de partilha possam ser expedidos, conforme entendimento do STJ.

Assevera que o presente caso trata-se de crédito preferencial, consoante disposto no artigo 186, do Código Tributário Nacional que é uma lei complementar à Constituição Federal.

Relata que o artigo 192, do Código Tributário Nacional, trata da garantia do crédito tributário, ou seja, da efetividade do recebimento dos tributos devidos nos processos de inventário/arrolamento, haja vista que, após emitidos os formais de partilha, dificilmente os herdeiros providenciarão o recolhimento do ITCD.

Explica que no atual CPC a prova da quitação dos tributos, em especial o ITCD, é condição *sine qua non* para a homologação da partilha e expedição do formal em todas as formas de inventário e arrolamento, com exceção do arrolamento sumário (art. 659, § 2º).

Explana que a interpretação dada pelos tribunais ao art. 659, § 2º do CPC, de que ele permitiria a expedição do formal de partilha sem o pagamento prévio do ITCMD viola flagrantemente o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal por invadir competência reservada à lei complementar e dispor em contrariedade às normas de garantia e privilégio do crédito tributário contidas no Código Tributário Nacional.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença prolatada pelo juiz de direito da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande, nos autos de inventário ajuizado por Espedito Daniel da Silva, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que homologou a partilha dos bens deixados por espólio de Raimunda Gomes da Silva.

Extrai-se dos autos que Espedito Daniel da Silva requereu o arrolamento de um único bem deixado pelo de *cujus* Raimunda Gomes da Silva, falecida em 21/06/1998.

A sentença contra a qual se recorre foi proferida nos seguintes termos:

“Trata-se de arrolamento sumário dos bens deixados pelo falecimento de Raimunda Gomes da Silva, conforme certidão de óbito (f. 8), estando os herdeiros devidamente qualificados e representados (f. 9, 22, 29, 36, 44, 53, 60 e 72). juntadas as

certidões negativas fiscais -federal (f. 66), estadual (f. 65) e municipal (f. 68), bem como a matrícula do imóvel (f. 13-16).

Ainda, o inventariante apresentou declarações com plano de partilha às f. 82-86, nos termos do artigo 660, do NCPC.

(...)

Tendo em vista que a inicial preenche os requisitos do artigo 600 do NCPC, bem como em razão da expressa previsão legal trazida no novo código de processo civil de julgamento de plano da partilha, com expedição dos alvarás, cartas e formal, com posterior intimação do fisco para lançamento (artigo 659), a partilha apresentada deve ser de pronto homologada.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, com fundamento no artigo 659, do CPC, homologo a partilha de f. 82-86 dos bens deixados por Raimunda Gomes da Silva, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, salvo erro, omissão ou prejuízo de terceiros, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Transitada em julgado, expeça-se o necessário, de acordo com a partilha e o disposto no artigo 659, § 2º, do Código de Processo Civil.” (f. 101)

Inconformado, o ente estatal recorre a esta Corte, alegando que os formais de partilha, uma vez expedidos, não poderão ser registrados perante o CRI competente, face à ausência de comprovação do recolhimento do tributo devido ou sua isenção, pré-requisito para tanto.

Defende que o ITCD *causa mortis* deverá estar recolhido para que os formais de partilha possam ser expedidos, conforme entendimento do STJ.

Assevera que o presente caso trata-se de crédito preferencial, consoante disposto no artigo 186, do Código Tributário Nacional que é uma lei complementar à Constituição Federal.

Relata que o artigo 192, do Código Tributário Nacional, trata da garantia do crédito tributário, ou seja, da efetividade do recebimento dos tributos devidos nos processos de inventário/arrolamento, haja vista que, após emitidos os formais de partilha, dificilmente os herdeiros providenciarão o recolhimento do ITCD.

Explica que no atual CPC a prova da quitação dos tributos, em especial o ITCD, é condição *sine qua non* para a homologação da partilha e expedição do formal em todas as formas de inventário e arrolamento, com exceção do arrolamento sumário (art. 659, § 2º).

Explana que a interpretação dada pelos tribunais ao art. 659, § 2º do CPC, de que ele permitiria a expedição do formal de partilha sem o pagamento prévio do ITCD viola flagrantemente o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal por invadir competência reservada à lei complementar e dispor em contrariedade às normas de garantia e privilégio do crédito tributário contidas no Código Tributário Nacional.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

O argumento do ente estatal é que a inconstitucionalidade do § 2º, do art. 659, do NCPC, decorre do fato de que o dispositivo contido na lei complementar (art. 192 do CTN), determina expressamente que “*Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas*”. Assim, entende que a novel legislação

processual civil não poderia ter feito previsão contrária ao contido no Código Tributário Nacional, sendo, portanto, inconstitucional.

Contudo, sem razão.

A inovação trazida pelo art. 659 do NCPC, especificamente em seu § 2º, é que, agora, somente neste caso de arrolamento sumário, a partilha amigável será homologada (ou os bens adjudicados ao único herdeiro) anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*. Após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação, a fazenda pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto, fora do processo. Tal regra, como se vê, excepcionou o art. 192 do Código Tributário Nacional.

Contudo, ao contrário da tese recorrente, não há falar em inconstitucionalidade do § 2º, do art. 659, do NCPC.

O posicionamento assimilado pela excelsa corte do país, por ocasião do julgamento de mérito da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 377.457, cuja relatoria coube ao eminente Ministro Gilmar Mendes, é que inexistente relação hierárquica entre a lei complementar e a lei ordinária, devendo a questão ser dirimida, exclusivamente, sob o prisma da “distribuição material entre as espécies legais”.

Sobre o tema, colhe-se do excerto do ilustrado voto condutor do acórdão referido:

“É tradicional a jurisprudência desta Corte na proclamação da inexistência de hierarquia constitucional entre a lei complementar e lei ordinária, espécies normativas formalmente distintas exclusivamente tendo em vista a matéria eventualmente reservada àquela (lei complementar) pela própria Carta (...).

(...) o tema do conflito aparente (...) não se resolve por critérios hierárquicos, mas sim por critérios constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma destas espécies. Logo, equacionar aquele conflito é sim uma questão diretamente constitucional”.

Nesse sentido:

“EMENTA – DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – COFINS – ISENÇÃO – REVOGAÇÃO MEDIANTE MEDIDA PROVISÓRIA – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA – CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO – ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 16.3.2011.

O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do que assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que inexistente reserva de lei complementar para dispor sobre isenção pertinente à Cofins, bem como ausente relação hierárquica entre lei complementar e lei ordinária (arts. 59 e 69 da Constituição) porquanto, em matéria tributária, a reserva de lei complementar é definida em razão da matéria. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido”. (ARE 669074 AgR, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015)

“EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – COFINS – LEI COMPLEMENTAR – REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO – LEI ORDINÁRIA – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o art. 56 da Lei nº 9.430/1996, que revogou o art. 6º, II, da Lei Complementar 70/1991. Decidiu-se que inexistia hierarquia entre lei complementar e lei ordinária em matéria tributária, uma vez que a reserva para utilização do instrumento legislativo previsto no art. 59, II, da Constituição é definida em razão da matéria (art. 146 da Constituição). Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 558780 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso).

Dessa forma, considerando a orientação firmada pela Suprema Corte no sentido de que não há hierarquia entre as espécies normativas em matéria tributária, certo é que se pode deduzir a constitucionalidade da previsão contida no artigo 659, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, que é uma lei ordinária e institui uma exceção ao comando inserido no artigo 192 do Código Tributário Nacional, que, apesar também ser uma lei ordinária, possui contornos de lei complementar face ao disposto no artigo 146, III, da Constituição Federal.

A respeito do assunto, há diversos julgados desta Corte no sentido da ausência de vício formal de inconstitucionalidade no § 2º do artigo 659 do CPC/2015, porquanto seu conteúdo é de natureza processual e não tributária, não sendo, por esse modo, reservado à lei complementar. *Verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO – HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA DE BENS – ITCMD – RECOLHIMENTO POSTERIOR – ART. 659, § 2º, DO CPC/2015 – INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.

O art. 659, § 2º, do Código de Processo Civil/2015, autoriza expressamente o recolhimento do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) após a sentença de partilha, no procedimento de arrolamento sumário. “Por não se referir a conteúdo material de norma tributária, mas apenas disciplinar a legislação processual em relação à partilha, a redação do § 2º do art. 659 do Código de Processo Civil, posterior ao art. 192 do Código Tributário Nacional, prevalece por ser mais recente e não infringe o art. 146 da Constituição Federal.” (TJMS, Apelação Cível nº 0800642-72.2016.8.12.0032, 2ª Câmara Cível, Des. Vilson Bertelli, julgado em 28.6.2017) (TJMS, Apelação nº 0808283-10.2016.8.12.0001, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j: 22/11/2017, p: 22/11/2017) (g.n.)

“APELAÇÃO CÍVEL – CONVERSÃO DE INVENTÁRIO EM ARROLAMENTO – POSSIBILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 2º DO ART. 659 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL REJEITADA. 01. É possível a conversão do inventário em arrolamento quando se trata de partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei. 02. Por não se referir a conteúdo material de norma tributária, mas apenas disciplinar a legislação processual em relação à partilha, a redação do § 2º do art. 659 do Código de Processo Civil, posterior ao art. 192 do Código Tributário Nacional, prevalece por ser mais recente e não infringe o art. 146 da Constituição Federal. Recurso conhecido e não provido.” (TJMS, Apelação Cível nº 0800642-72.2016.8.12.0032, Des. Vilson Bertelli, 2ª Câmara Cível, julgado em 28.6.2017) (g.n.)

Assim, em se tratando de exceção legal, criada pelo legislador justamente para afastar, na hipótese do procedimento de arrolamento sumário, a regra do art. 192, do Código Tributário Nacional, não há que se falar na necessidade de haver prévio recolhimento de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio, como condição para a homologação da partilha.

Portanto, não existindo a alegada inconstitucionalidade, escoreita a sentença que homologou a partilha, com fulcro no art. 659 do NCPC.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de

lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Por essa razão que Nilton Agnaldo Moraes dos Santos, em seu livro *A técnica de elaboração da sentença civil*, 2ª edição, São Paulo, 1997, sustenta que “a sentença não é parecer e por essa razão, o juiz não está obrigado a manifestar artigo por artigo da lei”.

Aliás, esta Corte tem decidido que:

“EMENTA–EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO – CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO – MORA – NÃO AFASTADA – MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL – EMBARGOS REJEITADOS. A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza.” (Embargos de Declaração nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS DESNECESSIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS SUFICIÊNCIA QUANDO HÁ DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA A QUE SE PRETENDE RECORRER – EMBARGOS REJEITADOS”. (Embargos de Declaração nº 0046224-37.2010.8.12.0001/50000, Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013)

Desta forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela parte recorrente.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 4 de dezembro de 2018.

Órgão Especial
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1411707-14.2016.8.12.0000/50001
Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 49, §§ 3º E 4º DA LEI Nº 11.101/2005 SUSCITADO PELOS MEMBROS DA 4ª CÂMARA CÍVEL DESSA CORTE – DECISÃO DO MAGISTRADO DA VARA DE FALÊNCIAS, RECUPERAÇÕES, INSOLVÊNCIAS E CARTAS PRECATÓRIAS CÍVEIS DA CAPITAL QUE SUBMETEU AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL OS CRÉDITOS BANCÁRIOS REFERENTES ÀS OPERAÇÕES RELACIONADAS AOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO E CESSÃO FIDUCIÁRIA NO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO – PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA PREVISTO NO ARTIGO 47 DEVE SER INTERPRETADO COM CAUTELA A FIM DE NÃO COLIDIR COM OS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA NORMA EM HARMONIA COMO UM TODO SISTEMA FINANCEIRO E ECONÔMICO – PRECEDENTES DO STJ PARA NÃO BANALIZAR A LEI DE FORMA QUE TODOS OS CRÉDITOS SEJAM SUJEITOS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PREVISÃO EXPRESSA DA EXCEÇÃO QUE DEVE SER OBSERVADA A LEGISLAÇÃO RESPECTIVA – DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI Nº 11.101/2005 NO CASO CONCRETO – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* IMPROCEDENTE.

Na Lei de Falências e de Recuperação de Empresas há vários dispositivos amparados para atendimento ao princípio da preservação da empresa. Exemplos: artigos 6º, *caput*; 50; 58, §§ 1º e 2º; 59; 60, § único; 64, *caput*, 67; 95. No entanto, é preciso destacar a impossibilidade de manter uma empresa em crise financeira a qualquer custo, pois a criação de ofertas de créditos mais privilegiados com a redução dos encargos financeiros com garantias é também propiciar a segurança e a confiabilidade do mercado econômico como um todo, a fim de que as operações de crédito tenham redução dos riscos. Daí que deve prevalecer a conclusão lógica de que se houver menor risco há menor taxa de juros.

Há de se ater a segurança jurídica e a previsibilidade dos efeitos que tragam clareza ao mercado financeiro de forma que não prevaleçam maiores consequências socioeconômicas na interpretação da norma.

O posicionamento doutrinário adotado por Fabio Ulhoa Coelho dá uma interpretação sistemática dos créditos privilegiados:

(...) A vinculação entre o bem e a obrigação proporcionada pela garantia real tem o objetivo de favorecer o credor, conferindo mais eficiência à recuperação do crédito. Mas convém notar que a maior eficiência da garantia real não atende apenas ao interesse do credor. Também o devedor se beneficia dela, porque certamente irá remunerar o crédito com juros menores. Como o credor titular de garantia real tem, mesmo no caso de falência do devedor, maiores chances de recuperar o seu crédito, ele corre menor risco e, por isso, pode cobrar menos juros pelo crédito aberto. A eficiência da garantia real acaba gerando proveitos, em última análise, à economia como um todo, por possibilitar a mobilização mais barata do crédito. (...).

Os contratos de créditos com direitos reais em garantias como a alienação fiduciária e a cessão fiduciária de direitos creditórios possuem juros mais atrativos, por isso são comuns que as empresas procurem estes tipos de créditos quando necessitam para dar continuidade ao seu desenvolvimento econômico.

O dispositivo trazido no § 3º do art. 49 da Lei nº 11101/2005 traduz que o credor é proprietário do bem segundo a lei, eis que há uma transferência da propriedade resolúvel daquele bem (móvel ou imóvel), e se a obrigação não for cumprida pelo devedor tal propriedade se opera, vindo a expor que os créditos dessa natureza (alienação fiduciária) não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Precedente do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.412.529/SP:

(...) 1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Reconhecimento para declarar a constitucionalidade dos §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/2005 para manter os dispositivos expressos prevalecendo a intenção do legislador quando excluiu dos efeitos da recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis e de arrendar mercantil, bem como os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio em razão que assim entendeu com a finalidade de assegurar o desenvolvimento econômico para fomentar a oferta de créditos pelas instituições financeiras com taxas de juros reduzidas menores que os praticados no mercado financeiro atendendo o exercício da liberdade de iniciativa econômica privada no interesse da justiça social, inexistindo conflito e ofensa aos princípios emanados no art. 170 da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitar a questão de ordem e, no mérito, por maioria, julgar improcedente a arguição, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 19 de setembro de 2018.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005, suscitado pelos desembargadores membros da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul no recurso de embargos de declaração em agravo de instrumento (Autos nº 1411707-14.2016.8.12.0000/50000) oposto por Itaú Unibanco S.A contra o acórdão proferido no agravo de instrumento (Autos nº 1411707-14.2016.8.12.0000) que manteve intacta a decisão recorrida exarada pelo juízo da vara de falências, recuperações, insolvências e cartas precatórias cíveis de Campo Grande, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º, do artigo 49, da Lei nº 11.101/2005, submetendo aos

efeitos da recuperação judicial os créditos bancários referentes às operações relacionadas aos contratos de alienação e cessão fiduciária no Pedido de Recuperação Judicial nº 0832323-56.2016.8.12.0001 ajuizado pelas empresa DMM Lopes e Filhos Ltda, JCL Logística Ltda - EPP, José Carlos Lopes Call Center – EPP.

A teor do relatado no recurso de embargos de declaração, o relator, Des. Amaury da Silva Kuklinski, tornou sem efeito o acórdão originário decidido no agravo de instrumento para o fim de suscitar o incidente de inconstitucionalidade dos artigos mencionados, impondo o sobrestamento do recurso de agravo de instrumento para que, em atenção à reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e do Enunciado nº 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, seja a questão apreciada por esse Órgão Especial antes da análise do mérito do recurso, havendo a concordância do 1º vogal, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (f. 38-42).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pela declaração de constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101, de 09.02.2005 (f. 49-59).

A instituição financeira, Itaú Unibanco S.A apresentou manifestação pela não contrariedade da norma expressa contida nos parágrafos 3º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005 (f. 64-74).

As empresas DMM Lopes e Filhos Ltda, JCL Logística Ltda - EPP, José Carlos Lopes Call Center – EPP, integrantes do Grupo Lopes, manifestaram pela decisão de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, alegando que a ordem econômica, no contexto das empresas em crise, não mais suporta a prioridade que tem sido dispendida aos créditos bancários (f. 80-86).

A Federação Brasileira de Bancos - Febraban requer seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae* com fulcro nos arts. 138 e 950 do CPC (f. 87-109).

As partes se manifestaram sobre o pedido da Febraban (f. 137-138 e 139-141).

O Advogado Geral da União foi intimado para, querendo, manifestar no pedido incidental nos termos do art. 950 § 1º do CPC e art. 506 § 2º do RITJMS (f. 148-149) e quedou-se inerte (f. 150).

VOTO (EM 19/09/2018)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005, suscitado pelos desembargadores membros da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul no recurso de embargos de declaração em agravo de instrumento (Autos nº 1411707-14.2016.8.12.0000/50000) oposto por Itaú Unibanco S.A contra o acórdão proferido no agravo de instrumento que manteve intacta a decisão recorrida exarada pelo juízo da vara de falências, recuperações, insolvências e cartas precatórias cíveis de Campo Grande, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º, do artigo 49, da Lei nº 11.101/2005, submetendo aos efeitos da recuperação judicial os créditos bancários referentes às operações relacionadas aos contratos de alienação e cessão fiduciária no Pedido de Recuperação Judicial nº 0832323-56.2016.8.12.0001 ajuizado pelas empresa DMM Lopes e Filhos Ltda, JCL Logística Ltda -EPP, José Carlos Lopes Call Center - EPP.

A teor do relatado no recurso de embargos de declaração, o relator, Des. Amaury da Silva Kuklinski, tornou sem efeito o acórdão originário para o fim de suscitar o incidente de inconstitucionalidade dos artigos mencionados, impondo o sobrestamento do recurso de agravo de instrumento para que, em atenção à reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e do Enunciado nº 10 da Súmula Vinculante

do Supremo Tribunal Federal, seja a questão apreciada por esse Órgão Especial antes da análise do mérito do recurso, havendo a concordância do 1º vogal, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (f. 38-42).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pela declaração de constitucionalidade dos §§3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101, de 09.02.2005 (f. 49-59).

A instituição financeira, Itaú Unibanco S.A apresentou manifestação pela não contrariedade da norma expressa contida nos parágrafos 3º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005 (f. 64-74).

As empresas DMM Lopes e Filhos Ltda, JCL Logística Ltda - EPP, José Carlos Lopes Call Center - EPP, integrantes do Grupo Lopes, manifestaram pela decisão de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, alegando que a ordem econômica, no contexto das empresas em crise, não mais suporta a prioridade que tem sido dispendida aos créditos bancários (f. 80-86).

A Federação Brasileira de Bancos – Febraban requereu seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae* com fulcro nos arts. 138 e 950 do CPC (f. 87-109).

As partes se manifestaram sobre o pedido da Febraban (f. 137-138 e 139-141).

O Advogado Geral da União foi intimado para, querendo, manifestar no pedido incidental nos termos do art. 950 § 1º do CPC e art. 506 § 2º do RITJMS (f. 148-149) e ficou-se inerte (f. 150).

Nos termos da decisão de f. 159-163 foi admitido o ingresso da associação civil FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos na qualidade de *amicus curiae*.

Passo a análise do pedido da questão posta pela 4ª Câmara Cível desta Corte fazendo uma breve narrativa dos fatos.

As empresas recuperandas D.M.M. Lopes & Filhos Ltda - E.P.P. JCL Logística Ltda - EPP e José Carlos Lopes Call Center – EPP, integrantes do Grupo Lopes, ajuizaram ação de Recuperação Judicial nº 0832323-56.2016.8.12.0001 com base nos artigos 47 e seguintes da Lei nº 11.101/2005 (f. 18-40 da ação principal).

Assim discriminaram seus requerimentos (f. 284-285):

a) o recebimento e o consequente deferimento do processamento do presente pedido de recuperação judicial, nos termos do artigo 52, da Lei nº 11.101/2005;

b) em sede de liminar, a suspensão de todas as ações ou execuções já ajuizadas ou que venham a ser ajuizadas, por débitos indicados na lista de credores constante dos doc 3, anexado contra as requerentes, na forma do artigo 6º, da lei 11.101/2005, bem como a expedição de ofícios aos cartórios de protestos da comarca de Campo Grande e Cuiabá/MT, a fim de que baixem os registros já existentes e se abstenham de lavrar qualquer protesto contra as Autoras, bem assim também a todos os serviços de proteção ao crédito (SCPC, SPC e Serasa), para que baixem eventuais anotações já realizadas e não procedam com qualquer anotação em seus cadastros, à exceção do registro da própria recuperação judicial;

c) a declaração de inconstitucionalidade do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, conforme exposto acima;

d) a nomeação do administrador judicial, atendendo-se ao disposto nos arts. 21 e 52, I, do mesmo diploma legislativo;

e) a dispensa da apresentação das certidões negativas para que as autoras exerça suas atividades, nos termos do art. 52, II, da LRF;

f) a intimação do digníssimo representante do Ministério Público, bem como a comunicação por carta às fazendas públicas federal, estadual e municipal;

g) a intimação da junta comercial do Estado do Mato Grosso do Sul e do Mato Grosso, informando do deferimento do processamento da recuperação judicial e determinando a inclusão do termo em recuperação judicial no nome empresarial das requerentes;

h) a expedição de edital para publicação no órgão oficial do resumo do presente pedido, bem como da decisão que deferir o processamento da presente recuperação e a relação nominal de credores com o respectivo valor atualizado e a classificação de cada crédito, advertindo-se acerca do prazo de 15 (quinze) dias para apresentação ao administrador nomeado eventuais habilitações ou divergências relativas aos créditos apresentados.

O magistrado da vara de falências, recuperações e insolvências dessa comarca, ao deferir o processamento da recuperação judicial, reconheceu a inconstitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 no sentido que os créditos garantidos com alienação fiduciária estão sujeitos à recuperação judicial (f. 77-78), *in verbis*:

“(...) Posto isso, com base nos fundamentos expostos e, diante da inconstitucionalidade dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 49 da lei 11.101/2005, deixo de aplicá-los na presente ação, posto que está em desacordo com as normas e princípios constitucionais (artigos 170 e 1º, I da CF), principalmente os que norteiam a ordem econômica: da propriedade privada, função social da propriedade e da empresa, da livre concorrência, garantia do pleno emprego, suprimimento das desigualdades regionais e sociais e tratamento diferenciado para as pequenas e microempresas, declarando que os créditos bancários decorrentes dos institutos jurídicos descritos nos parágrafos referidos, credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; bem como adiantamento de contrato de câmbio”, estão sujeitos à recuperação judicial.”

Contra tal decisão a instituição financeira Itaú Unibanco S/A, detentor de crédito garantido por alienação fiduciária, interpôs recurso de agravo de instrumento, que fora negado provimento pela colenda 4ª Câmara Cível desse Eg. Tribunal, e o acórdão proferido confirmou a orientação adotada pelo magistrado de 1º grau, havendo oposição de embargos de declaração contra o acórdão, tendo sido acolhido para o fim de tornar sem efeito o decisório originário para submeter à apreciação do Órgão Especial desse Eg. Tribunal a questão relativa à inconstitucionalidade dos parágrafos 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/2005.

Consta do acórdão julgado nos embargos de declaração:

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DA LEI Nº 11.101/2005 – ARTIGO. 97 DA CF E SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF – ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO ORIGINÁRIO – SUSPENSÃO DO RECURSO DE AGRAVO – REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

I - Remessa do incidente ao e. Órgão Especial, em virtude de arguição de inconstitucionalidade incidenter tantum dos §§ 3º e 4º do art. 49, da lei 11.101/2005.

É cediço que o texto constitucional tem a função delimitadora para elaboração de todo arcabouço jurídico, motivo pelo qual a legislação infraconstitucional deve estar em consonância com as disposições constitucionais seguindo os preceitos explícitos com a finalidade de garantir a segurança jurídica e não haver abuso de poder.

A regra mandamental que violar o sistema constitucional é passível de reforma ou exclusão do ordenamento jurídico, visto que a Constituição tem em sua gênese a ideia de compêndio maior e ordenado na supremacia das legislações.

A norma impugnada inserida nos §§ 3º e 4º do artigo 49 da Lei Federal nº 11.101/2005 estabelece:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

No caso em comento, para compreensão sistemática da funcionalidade das regras de um sistema jurídico é indispensável buscar o objetivo colimado pelo legislador quando da edição da norma, ou seja, o meio no qual está inserida, procurando identificar os objetivos traçados, como a finalidade de materializar os princípios informadores da norma criada para o bom entendimento dos mecanismos elaborados para a aplicabilidade e interpretação.

O instituto do direito falimentar brasileiro por meio da *novam legem* (Lei de Falências e Recuperação de Empresas nº 110101/2005) foi sancionada em 9 de fevereiro de 2005 e tem como principal escopo preservar a empresa em estado de crise econômico-financeira.

É cediço que o tema tratado é objeto de diversas discussões e opiniões divergentes no meio jurisdicional, pois interpretado de forma sistemática a fim de entender a finalidade da lei o artigo 47 expõe claramente o objetivo da recuperação judicial:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Desse modo, o princípio da preservação da empresa está concretizado nos regimes recuperatórios previstos para as empresas em geral, as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), cujos procedimentos especiais estão acobertados pela legislação.

Sobre a matéria, trago a doutrina de André Luiz Santa Cruz Ramos¹:

O princípio da preservação da empresa também tem sido muito usado pelos tribunais pátrios para fundamentar decisões em matéria de dissolução de sociedades, falência, recuperação judicial etc. Nesses últimos casos, porém, é preciso ter muito cuidado para que a aplicação excessiva e sem critério do princípio não provoque a sua banalização. Muitas vezes atividades empresariais devem mesmo ser encerradas, e nesses casos impedir a falência do empresário ou da sociedade empresária contraria a ordem espontânea do mercado, sobretudo quando a manutenção de tais atividades é conseguida com os famigerados “pacotes de socorro” baixados pelo governo. O capitalismo é um sistema no qual os empresários auferem lucros privados e sofrem prejuízos privados. Os “pacotes de socorro”, pois, desvirtuam a lógica natural do capitalismo, criando um sistema no qual os empresários bem relacionados auferem lucros privados, mas solidarizam suas perdas com a população. Em suma: o princípio da preservação da empresa não pode, jamais, conferir a certos empresários um “direito de não falir”, algo que infelizmente vem acontecendo com empresários que se dizem “grandes demais para quebrar” (too big to fail). O princípio da preservação da empresa é uma construção importante, mas sua aplicação deve limitar-se às situações em que o próprio mercado, espontaneamente, encontra soluções para a crise de um agente econômico, em bases consensuais.

Logo, a questão em comento não se trata de dar interpretação desfavorável às empresas em crise financeira, pois se pode fazer um exercício dinâmico de interpretação e dentro dos limites impostos para adequar às necessidades do devedor.

A própria legislação consubstanciada no § 3º do art. 49, ora impugnado, veda a retirada dos bens objetos de arrendamento mercantil e alienação fiduciária quando estes forem essenciais à atividade empresarial durante o *stay period*.

Assim, visualizam outros dispositivos legais que procuram atender ao princípio da preservação da empresa com a finalidade de empreender a máxima recuperação possível como conjunto de normas no sistema estimulando o devedor a propor alternativas jurídicas para reerguer a situação econômica do seu empreendimento.

Exemplos:

Art. 6º, caput - A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário;

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento

¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado** – EPUB, p. 53

de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Art. 58, §§ 1º e 2º - Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

Art. 60, § único. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Art. 64, caput. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial,

Art. 67 (espécie de upgrade na classificação) - Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.

Logo, se vislumbra que há vários dispositivos amparados para atendimento ao princípio da preservação da empresa. No entanto, é preciso destacar a impossibilidade de manter uma empresa em crise financeira a qualquer custo, pois a criação de ofertas de créditos mais privilegiados com a redução dos encargos financeiros com garantias visa também propiciar a segurança e a confiabilidade do mercado econômico como um todo, a fim de que as operações de créditos tenham redução dos riscos. Daí que deve prevalecer a conclusão lógica da premissa que me posiciono: se houver menor risco todos sairão ganhando com a menor taxa de juros.

Nesse norte, a previsão dos dispositivos impugnados, §§ 3º e 4º do art. 49, e outros direitos especiais para as instituições financeiras como os arts. 86, II, 161, § 1º e 199, §§ 1º, 2º e 3º que salvam as relações negociais consubstanciadas nos contratos bancários como a alienação fiduciária em garantia, o arrendamento mercantil, o adiantamento a contrato de câmbio, o leasing de aeronaves.

Aponto o comentário citado por Fabio Ulhoa Coelho² sobre a norma:

Também estão excluídos dos efeitos da recuperação judicial o fiduciário, o arrendador mercantil ou o negociante de imóvel (como vendedor, compromitente vendedor ou titular de reserva de domínio) se houver cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade no contrato.

Igualmente, os bancos titulares de direito decorrente de adiantamento aos exportadores (ACC) não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial.

Esses sujeitos excluídos dos efeitos da recuperação judicial não são minimamente atingidos pela medida, e podem continuar exercendo seus direitos reais e contratuais nos termos da lei própria.

Os fundamentos para a exclusão de cada categoria de sujeito dos efeitos da recuperação judicial variam.

Os credores posteriores à distribuição do pedido estão excluídos porque, se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação. Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing etc.) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico.

(...)

A garantia real é, em geral, mais eficiente que a pessoal. Como o bem está vinculado à satisfação de uma obrigação específica, o produto de sua venda destina-se inicialmente ao pagamento do credor que a titula. O saldo, se houver, será usado no atendimento dos demais créditos.

A vinculação entre o bem e a obrigação proporcionada pela garantia real tem o objetivo de favorecer o credor, conferindo mais eficiência à recuperação do crédito. Mas convém notar que a maior eficiência da garantia real não atende apenas ao interesse do credor. Também o devedor se beneficia dela, porque certamente irá remunerar o crédito com juros menores. Como o credor titular de garantia real tem, mesmo no caso de falência do devedor, maiores chances de recuperar o seu crédito, ele corre menor risco e, por isso, pode cobrar menos juros pelo crédito aberto. A eficiência da garantia real acaba gerando proveitos, em última análise, à economia como um todo, por possibilitar a mobilização mais barata do crédito.

2 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. Ed. Saraiva, 2016, p. 179-186

As garantias reais classificam-se em duas categorias: direitos reais de garantia e direitos reais em garantia. A distinção foi introduzida na doutrina brasileira por Pontes de Miranda, ao discutir a dação em garantia de direitos reais sobre coisa alheia. José Carlos Moreira Alves, ao tratar da natureza e estrutura da alienação fiduciária, recuperou a distinção de Pontes de Miranda, averbando ter sido inspirada na doutrina alemã e a estendeu aos direitos reais ditos ilimitados.

Os direitos reais de garantia são o penhor, a hipoteca e a anticrese; os direitos reais em garantia, por sua vez, são a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária de direitos creditórios.

Os direitos reais de garantia procuram assegurar o cumprimento de obrigação mediante a instituição de um direito real titulado pelo credor sobre bem da propriedade do devedor. Por vezes, a posse direta do bem onerado é transmitida ao titular da garantia real, como no penhor comum; mas em nenhuma hipótese o devedor deixa de ser o seu proprietário, podendo até mesmo, se achar interessado, alienar o bem gravado. A seu turno, nos direitos reais em garantia, o cumprimento da obrigação é garantido pela transferência do bem onerado à propriedade do credor. O sujeito ativo da obrigação garantida passa a titular a propriedade resolúvel do bem. Aqui, também, por vezes a posse direta do bem onerado é transmitida ao titular da garantia, como na cessão fiduciária de direito creditório; por vezes fica em mãos do devedor, na condição de depositário.

Há, pois, de se ater à segurança jurídica e à previsibilidade dos efeitos que tragam clareza ao mercado financeiro, de forma que não prevaleçam maiores consequências socioeconômicas na interpretação da norma, inexistindo assim ofensa aos princípios constitucionais emanados no art. 170.

Ora, os contratos de créditos com direitos reais em garantias como a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária de direitos creditórios possuem juro mais atrativos e por isso são comuns que as empresas procurem estas modalidades de créditos quando necessitam de empréstimos bancários para a continuidade de seu desenvolvimento econômico.

Com efeito, o dispositivo mencionado no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 ressalta que o credor é proprietário do bem, eis que há uma transferência da propriedade resolúvel daquele bem e se a obrigação não for cumprida pelo devedor tal propriedade se opera, vindo a expor que os créditos dessa natureza (alienação fiduciária ou arrendamento mercantil) não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Oportuna a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.412.529/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CESSÃO FIDUCIÁRIA SOBRE DIREITOS SOBRE COISA MÓVEL E SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO – CREDOR TITULAR DE POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO SOBRE DIREITOS CREDITÍCIOS – NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI Nº 11.101/2005 – MATÉRIA PACÍFICA NO ÂMBITO DAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO STJ – PRETENSÃO DE SUBMETTER AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COMO CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO, OS CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA QUE, À ÉPOCA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NÃO SE ENCONTRAVAM REGISTRADOS NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR, COM ESTEIO NO § 1º DO ART. 1.361-A DO CÓDIGO CIVIL – INSUBSISTÊNCIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa

fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

2. O Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito. Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei nº 10.931/2004), ao dispor textualmente que “as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições desse Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”.

2.1 Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária da lei adjetiva civil, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto por aquela regulada.

3. A exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei nº 4.728/95, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei nº 10.931/2004) à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (bens incorpóreos e fungíveis, por excelência), tampouco com ela se coaduna.

3.1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

3.2 Efetivamente, todos os direitos e prerrogativas conferidas ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que pode ser conservado e recuperado ‘inclusive contra o próprio cedente’; o direito de ‘receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente’, a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro.

3.3 Por consectário, absolutamente descabido reputar constituída a obrigação principal (mútuo bancário, representado pela cédula de crédito bancário emitida em favor da instituição financeira) e, ao mesmo tempo, considerar pendente de formalização a indissociável garantia àquela, condicionando a existência desta última ao posterior registro.

3.4 Não é demasiado ressaltar, aliás, que a função publicista é expressamente mencionada pela Lei nº 10.931/2004, em seu art. 42, ao dispor sobre cédula de crédito bancário, em expressa referência à constituição da garantia, seja ela fidejussória, seja ela real, como no caso dos autos. O referido dispositivo legal preceitua que essa garantia, “para valer contra terceiros”, ou seja, para ser oponível contra terceiros, deve ser registrada (...). (REsp 1.412.529/SP, rel. ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para Acórdão ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/03/2016)

Seguindo este entendimento anoto outros precedentes do Tribunal da Cidadania:

DIREITO FALIMENTAR – RECURSO ESPECIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS – NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR-CEDENTE – REGISTRO NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – DESNECESSIDADE.

1 - Impugnação de crédito apresentada em 20/8/2013. Recurso especial interposto em 2/2/2015 e atribuído à Relatora em 25/8/2016.

2 - O propósito recursal é definir se os créditos cedidos fiduciariamente ao recorrente necessitam de prévio registro no Cartório de Títulos e Documentos competente para serem excluídos dos efeitos da recuperação judicial da devedora-cedente.

3 - A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de créditos não estão submetidas aos efeitos da recuperação judicial (inteligência do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05). Precedentes.

4 - Ao sistema especial que engloba o instituto da alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de créditos - hipótese dos autos - não se aplica a norma do art. 1.361, § 1º, do CC, pois esta incide somente sobre propriedade fiduciária de coisa móvel infungível.

5 - A sujeição da propriedade fiduciária, conforme sua natureza, à respectiva disciplina legal é determinação expressa do próprio Código Civil, segundo o qual “as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária” (vale dizer, quando não se tratar de negócio fiduciário envolvendo bem móvel infungível) “submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial” (art. 1.368-A).

6 - À espécie, portanto, incide a disciplina normativa especial da Lei 4.728/65, que não exige o registro em cartório como elemento constitutivo da propriedade ou titularidade fiduciária.

7 - De fato, tratando-se de titularidade derivada de cessão fiduciária, a condição de proprietário é alcançada desde a contratação da garantia. Nessas hipóteses, uma vez preenchidos os requisitos exigidos pelo arts. 66-B da Lei do Mercado de Capitais e 18 da Lei 9.514/97, opera-se a transferência plena da titularidade dos créditos para o cessionário, haja vista a própria natureza do objeto da garantia, fato que o torna o verdadeiro proprietário dos bens, em substituição ao credor da relação jurídica originária.

8 - Essas circunstâncias são suficientes para exclusão dos créditos em questão dos efeitos da recuperação judicial do devedor-cedente, pois o art. 49, § 3º, da LFRE exige, apenas e tão somente, que o respectivo credor figure como titular da posição de proprietário fiduciário, condição que, como visto, independe do registro do contrato no Cartório de Títulos e Documentos.

9 - Os créditos cedidos em garantia, na medida em que deixam de integrar o patrimônio do cedente, não podem ser alcançados por eventuais pretensões de outros de seus credores, sujeitos cujas esferas jurídicas não sofrerão, como corolário - em razão da ausência de justa expectativa sobre aqueles créditos -, repercussão negativa decorrente de sua exclusão dos efeitos da recuperação judicial do devedor.

10 - Não havendo quebra de confiança ou frustração de legítima expectativa dos demais credores da recuperanda, não há que se cogitar de violação ao princípio da boa-fé.

11 - Recurso especial provido. (REsp 1592647/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 28/11/2017).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES – CRÉDITO RESULTANTE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOBRE IMÓVEL – NÃO SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO – SÚMULA 83 DO STJ.

1. A matéria referente a suposta violação do art. 66 da Lei nº 11.101/05, não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282/STF e 211/STJ).

2. Não se viabiliza o recurso especial pela alegada violação art. 535 do CPC/73. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.

3. O entendimento da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada neste Sodalício, no sentido de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário ou de crédito garantido por cessão fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Incidência da Súmula 83 do STJ.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 854.803/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017)

Seguem decisões jurisprudenciais pátrias:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO (EXTRA PETITA) – E DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF – AFASTADAS – MÉRITO: **INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ART. 49 DA LEI 11.101/05 – AFASTADA** – CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA – ART. 1.361, § 1º, DO CC – CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NÃO INCIDÊNCIA DO ART – 49, § 3º, DA LEI 11.101/05 – RECURSO DESPROVIDO.*

*Segundo o Superior Tribunal de Justiça: “a possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro”. Assim, a declaração da inconstitucionalidade, de ofício pelo julgador, não configura decisão extra petita. Não há falar em usurpação de competência originária do Supremo Tribunal Federal quando o controle difuso de constitucionalidade da norma é feito de forma incidental, como fundamento e não como objeto principal da demanda. **A norma prescrita nos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/01 não se reveste de inconstitucionalidade, haja vista que editada dentro dos parâmetros constitucionais estabelecidos pelos princípios da ordem econômica e não ofende o princípio da isonomia. Não obstante isso, referidos dispositivos devem ser interpretados de forma sistemática, a fim de atender ao espírito do diploma legal, que tem como principal objetivo a preservação da empresa recuperanda e a viabilidade da continuidade da atividade econômica, em prol da consecução de sua função social, sem que isso, contudo, cause qualquer embaraço na atividade de fomento de crédito. Os créditos decorrentes de cédulas de crédito bancário garantidos por alienação fiduciária, não podem ser considerados extraconcursais, uma vez que, não tendo sido devidamente registrados, antes de iniciada a recuperação judicial, não está o***

credor na posição de proprietário fiduciário, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Por tal razão, não incide o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, sujeitando-se ao regime da recuperação judicial. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410057-63.2015.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 10/11/2015, p: 17/11/2015).(g.n.)

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Impugnação de Crédito – Decisão agravada que julgou parcialmente procedente a impugnação de crédito da agravada, para habilitar o crédito quirografário de R\$ 1.811.195,87 e não o de R\$ 479.579,15 previamente arrolado, mantendo a posse dos bens garantidos por alienação fiduciária com a agravante – Recurso da recuperanda – Suposta compensação de títulos com a credora original Dona Elétrica Fios e Reatores Ltda., incluindo o que a cessionária apresentou para instruir sua impugnação de crédito – Existência de quatro ações declaratórias ajuizadas pela recuperanda contra a impugnante FIDC Daniele e outros, pleiteando a declaração da inexigibilidade das mesmas duplicatas e invocando o mesmo argumento, no sentido de que teria celebrado instrumento de compensação desses créditos com a Dona Elétrica Ltda – R. sentenças e v. acórdão de improcedência daquelas ações, sob o fundamento de que compensação do crédito foi pactuada após a notificação acerca da cessão do crédito à FIDC Daniele, com trânsito em julgado. Coisa julgada. Crédito que deve ser habilitado. **Crédito garantido fiduciariamente que não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, mas os bens vinculados podem continuar na posse da recuperanda. Arts. 6º, § 4º, e 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05. Questões relativas à essencialidade dos bens e ao prazo que ficarão na posse da recuperanda que não foram suscitadas especificamente no presente recurso. Decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido.** (TJSP; Agravo de Instrumento 2154071-33.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Ribeirão Preto - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/08/2018; Data de Registro: 17/08/2018).*

EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO – CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO – CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS – NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05 – POSIÇÃO DO STJ – ENQUADRAMENTO NA SUBCLASSE “DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO”. *Tratando-se de recuperação judicial e não de falência, sujeitos aos seus efeitos somente os credores quirografários existentes na data do pedido de processamento da recuperação judicial e não aos posteriores ou demais credores. Insere-se na subclasse “Direito Privado Não Especificado” o recurso interposto em “medida cautelar de arresto com pedido de liminar” referente a cédulas de crédito bancário, com cessão fiduciária de direitos, não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, a teor do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05, posição sedimentada no STJ, não alterando a competência interna o fato de a requerida estar em recuperação judicial. Conflito de competência acolhido. (Conflito de Competência Nº 70069203602, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Redator. Julgado em 27/04/2016) (g. n.)*

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO EMPRESARIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – VERIFICAÇÃO E HABILITAÇÃO DE CRÉDITOS – CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – CREDOR TITULAR DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA – GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO – INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05 – RECURSO DESPROVIDO.

Conforme art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/05, o deferimento e processamento da recuperação judicial não tem o condão de afastar os direitos e privilégios que os credores do devedor têm em relação aos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

A princípio, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem móvel ou imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005. No caso de alienação fiduciária em garantia, consolidada a propriedade e vendido o bem, o credor fiduciário ficará com o montante arrecadado, desaparecendo a propriedade fiduciária. Eventual saldo devedor apresenta natureza de dívida pessoal, devendo ser habilitado na recuperação judicial ou falência na classe dos credores quirografários. (STJ - CC 128.194/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 28/06/2017, DJe 01/08/2017)

Recurso conhecido e desprovido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.065667-2/001, Relator(a): Des.(a) Gilson Soares Lemes, 8ª Câmara Cível, julgamento em 09/02/2018, publicação da súmula em 19/02/2018) (g. n.)

Como bem explicado pela Procuradoria Geral de Justiça, cujo posicionamento adotado acolho e faço também como *ratio decidendi*:

Da detida análise dos indigitados dispositivos, portanto, denota-se que a exclusão dos créditos mencionados não se mostra desarrazoada, encontrando seu fundamento de validade nos próprios princípios constitucionais norteadores da atividade econômica e financeira.

Fábio Ulhoa Coelho³, em sua obra Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, ao comentar acerca da exclusão dessas categorias de credores, assim preleciona:

Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing etc.), e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico.

Como se vê, não se trata de benefício concedido às instituições financeiras, em afronta ao princípio da isonomia, mas sim de se privilegiar a segurança das relações contratuais justamente a fim de se viabilizar o objetivo da recuperação, com a concessão de créditos mais atrativos aos empresários, fomentando, assim, a atividade empresarial.

Dispõe o art. 170 da CF:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Essas formas de negócio jurídico excepcionadas pelos parágrafos impugnados não ofendem o artigo supramencionado em nenhum aspecto. Muito pelo contrário, a alienação fiduciária, por exemplo, fomenta a livre iniciativa e atividade econômica das empresas, pessoas físicas e jurídicas, na medida em que oportuniza aporte de capital essencial para o desenvolvimento da atividade empresarial.

Em verdade, quando a legislador excluiu dos efeitos da recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis e de arrendador mercantil, e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio, o fez certamente visando assegurar o desenvolvimento econômico, para fomentar o oferecimento de vantagens às empresas pelas instituições financeiras, tais como a concessão de juros menores do que os praticados no mercado. Isso porque não há dúvidas de que haverá uma oferta maior de crédito se houver um menor risco da recuperação do valor investido. Em sendo assim, as instituições financeiras, enquanto credoras, podem ter a segurança de que, havendo inadimplemento, poderão recuperar seu crédito rapidamente, mesmo se houver pedido de recuperação judicial da empresa para quem o capital foi emprestado.

Desse modo, viabiliza-se a concessão de aporte financeiro, possibilitando a preservação e a efetiva recuperação da empresa, em perfeita sintonia com o que objetiva a Lei nº 11.101/05 e a nossa Lei Maior, propiciando o exercício da liberdade de iniciativa econômica privada no interesse da justiça social.

Não se pode olvidar, ainda, que o legislador teve o cuidado de, na parte final do indigitado § 3º do art. 49, salvaguardar os bens de capital essenciais a atividade empresarial, impossibilitando a venda ou retirada destes durante o período de suspensão, o que reforça ainda mais a proporcionalidade da medida.

Acerca do assunto, em pese algumas decisões em sentido contrário, cumpre trazer à colação julgado desse Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por suas relevantes considerações:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 49 DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI Nº 11.101/2005) – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO, EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – MEIO DE GARANTIR A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES DOS TJ – MÉRITO – IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO AO CASO CONCRETO – EXCLUSÃO DE DETERMINADOS CRÉDITOS DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (FIDUCIÁRIO, LEASING, ETC) QUE OBJETIVA VIABILIZAR QUE CONDIÇÕES MAIS ATRATIVAS DE CONCESSÃO DE CRÉDITO SEJAM OFERECIDAS AOS EMPRESÁRIOS – NORMA QUE VISA FOMENTAR A ATIVIDADE EMPRESARIAL – PROVIDÊNCIA ADOTADA NO JUÍZO A QUO COM O CONDÃO DE SUBVERTER A ORDEM ECONÔMICA – NECESSIDADE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO APENAS QUANDO O BEM DE CAPITAL OBJETO DO LITÍGIO FOR ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, SITUAÇÃO ESTA QUE DEVE SER EFETIVAMENTE COMPROVADA, CONFORME PREVISÃO LEGAL – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA EMPRESA, PREVISTO NO ART. 47 DA REFERIDA LEI, DEVE SER OBJETO DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM AS DEMAIS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA – RESTABELECIMENTO DOS EFEITOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI 11.101/2005 AO CASO CONCRETO –

RECURSO PROVIDO. I Ainda que a parte não tenha apresentado junto ao juízo singular pedido expresso para que fosse apreciada a constitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, nada impede que o magistrado, em análise do caso concreto, realize tal declaração de ofício, o que faz através de controle difuso de constitucionalidade, mostrando-se esta medida uma forma de assegurar a supremacia da Constituição Federal, estando seus efeitos restritos às partes do processo. II Deve ser restabelecida a aplicabilidade do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 ao caso concreto, que exclui dos efeitos da recuperação judicial determinados créditos (fiduciário, leasing etc).

Isto porque tal previsão legal, ao contrário da compreensão externada no juízo singular, não visa proteger as instituições financeiras, mas sim viabilizar que estas concedam aos empresários crédito mais atrativas, de modo a fomentar a atividade empresarial. A providência adotada pelo juízo singular tem o condão de subverter a ordem econômica e gerar insegurança jurídica no mercado, o que pode prejudicar a coletividade, ao abrir perigoso precedente. Ainda que o art. 47 da referida Lei preveja o princípio da proteção da empresa, tal norma deve ser interpretada de forma sistemática com as demais previsões legais sobre a matéria. Neste aspecto, afigura-se mais adequada a manutenção do referido privilégio, reservando sua de capital objeto de litígio for essencial para o exercício da atividade empresarial, nos termos da lei. Precedentes. (TJMS, 5ª Câmara Cível; Agravo de Instrumento nº 1404117-83.2016.8.12.0000; Rel.: Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, D.J. 9.08.2016).

Há que ressaltar que a Lei nº 11.101/05 está em vigor no nosso sistema jurídico há mais de 10 (dez) anos e até a presente data não se tem notícia da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos invecivados pelo Supremo Tribunal Federal, que detém competência para a análise da constitucionalidade da lei em tese, lembrando que vigora em nosso sistema, a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados do Poder Público, devendo-se, sempre que possível, buscar-se uma interpretação conforme a Constituição, o que é perfeitamente possível no caso em análise, consoante demonstrado.

(...)

Em suma, fato é que, embora as instituições financeiras visem, em regra, a obtenção de lucro como finalidade precípua, não se pode olvidar que elas são de fundamental importância para a economia nacional, sendo certo que a maioria daqueles que exercem atividade empresarial necessitam de seus serviços. Destarte, quando a lei exclui da recuperação judicial os créditos dispostos nos §§ 3º e 4º do art. 49, o faz justamente com o intuito viabilizar o restabelecimento das empresas, que dependem desses créditos para a manutenção de suas atividades e negócios, com a consequente geração de rendas, bens, serviços e empregos, cumprindo exatamente os princípios constitucionais que regem a ordem econômica e o espírito da lei nº 11.101/05, não havendo que se falar em inconstitucionalidade de tais dispositivos por ofensa ao princípio da isonomia ou qualquer outro, já que pautados na razoabilidade e na proporcionalidade da medida.” (g. n.)

Concluindo, me posiciono no sentido de se revelarem constitucionais as normas impugnadas da presente arguição.

Diante do exposto e, de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, voto pela declaração de constitucionalidade dos parágrafos 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Publicado o acórdão, devolva-se os autos à eg. 4ª Câmara Cível, que suscitou o incidente.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (5º vogal)

Cuida-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pelos desembargadores membros da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul no bojo dos embargos de declaração em agravo de instrumento interpostos pelo Itaú Unibanco S.A., submetendo à apreciação desse Órgão Especial a questão da inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências), em acórdão que restou assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DA LEI Nº 11.101/2005 – ARTIGO 97 DA CF E SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF – ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO ORIGINÁRIO – SUSPENSÃO DO RECURSO DE AGRAVO – REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

I - Remessa do incidente ao E. Órgão Especial, em virtude de arguição de inconstitucionalidade incidenter tantum dos §§ 3º e 4º do art. 49, da lei 11.101/2005.

Pois bem.

Examinei detidamente a matéria e não tenho dúvidas em acompanhar o e. Relator, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, porquanto o Superior Tribunal de Justiça na oportunidade do julgamento do Recurso Especial nº 1.412.529/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, sedimentou entendimento sobre a matéria nos seguintes termos:

“RECURSO ESPECIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CESSÃO FIDUCIÁRIA SOBRE DIREITOS SOBRE COISA MÓVEL E SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO – CREDOR TITULAR DE POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO SOBRE DIREITOS CREDITÍCIOS – NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI Nº 11.101/2005 – MATÉRIA PACÍFICA NO ÂMBITO DAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO STJ – PRETENSÃO DE SUBMETTER AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COMO CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO, OS CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA QUE, À ÉPOCA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NÃO SE ENCONTRAVAM REGISTRADOS NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR, COM ESTEIO NO § 1º DO ART. 1.361-A DO CÓDIGO CIVIL – INSUBSISTÊNCIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Encontra-se sedimentada no âmbito das turmas que compõem a segunda seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de

créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

2. O Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito. Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei nº 10.931/2004), ao dispor textualmente que “as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições desse Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”.

2.1 Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária da lei adjetiva civil, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto por aquela regulada.

3. A exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei nº 4.728/95, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei nº 10.931/2004) à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (bens incorpóreos e fungíveis, por excelência), tampouco com ela se coaduna.

3.1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

3.2 Efetivamente, todos os direitos e prerrogativas conferidas ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que pode ser conservado e recuperado ‘inclusive contra o próprio cedente’; o direito de ‘receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente’, a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro.

3.3 Por consectário, absolutamente descabido reputar constituída a obrigação principal (mútuo bancário, representado pela cédula de crédito bancário emitida em favor da instituição financeira) e, ao mesmo tempo, considerar pendente de formalização a indissociável garantia àquela, condicionando a existência desta última ao posterior registro.

3.4 Não é demasiado ressaltar, aliás, que a função publicista é expressamente mencionada pela Lei nº 10.931/2004, em seu art. 42, ao dispor sobre cédula de crédito bancário, em expressa referência à constituição da garantia, seja ela fidejussória, seja ela real, como no caso dos autos. O referido dispositivo legal preceitua que essa garantia, “para valer contra terceiros”, ou seja, para ser oponível contra terceiros, deve ser registrada (...). (REsp 1.412.529/SP, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para acórdão ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/03/2016)

Neste contexto, devem ser mantidos os dispositivos expressos prevalecendo a intenção do legislador quando excluiu dos efeitos da recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis e de arrendar mercantil, bem como os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio em razão que assim entendeu com a finalidade de assegurar o desenvolvimento econômico para fomentar a oferta de créditos pelas instituições financeiras com taxas de juros reduzidas menores que os praticados no mercado financeiro atendendo o exercício da liberdade de iniciativa econômica privada no interesse da justiça social, inexistindo conflito e ofensa aos princípios emanados no art. 170 da Constituição Federal.

Por tais razões, acompanho o e. Relator e voto pela declaração de constitucionalidade dos parágrafos 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (6º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (7º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (8º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (9º vogal)

Ausente.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (10º vogal)

Malgrado concordar com o voto inaugural, aproveito a oportunidade rara de me manifestar acerca dessa matéria, para registrar que a denominada “função social do crédito” é algo estarrecedor.

Com efeito, qual seja a origem do crédito, o mesmo não ostenta função social, seja por comando de política econômica, seja pela exploração que as instituições financeiras realizam neste país.

Feita tal observação, acompanho o e. relator, e julgo improcedente a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelos desembargadores membros da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (11º vogal)

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005, suscitado pelos desembargadores membros da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul no recurso de embargos de declaração em agravo de instrumento movido pelo Itaú Unibanco S.A.

Acompanho o relator para rejeitar a questão de ordem e, no mérito, declarar a constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101, de 9.2.2005.

Deixo registrado, porém, que, em caso de contratos decorrentes de cédulas de créditos bancários que não foram registradas no cartório de registro de títulos antes da propositura da ação de recuperação judicial, conforme determina o art. 1.361 do Código Civil, as referidas dívidas não poderão ser submetidas

à recuperação judicial, não estando, portanto, sujeitas aos §§ 3º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005. Nesse sentido, aliás, proferi voto condutor no Agravo de Instrumento nº 1406893-22.2017.8.12.0000.³

Ante o exposto, acompanho o relator e julgo improcedente a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelos desembargadores membros da 4ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (12º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (13º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (14º vogal)

Trata-se de incidente arguido pelos desembargadores membros da 4ª Câmara Cível desta Corte de Justiça, que, nos autos de embargos de declaração em agravo de instrumento (Autos nº 1411707-14.2016.8.12.0000/50000), em observância ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/88), submeteram ao Órgão Especial, em sede de controle difuso, discussão sobre a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/2005.

A questão de ordem suscitada pela Febraban, que atua no processo como *amicus curiae*, relativamente ao não cabimento do presente incidente, não encontra amparo no sistema constitucional, visto que a arguição de inconstitucionalidade, como a presente, está expressamente prevista no art. 97 da Constituição Federal, bem como nos arts. 506 e seguintes do RITJMS.

Quanto ao mérito, cinge-se a controvérsia em examinar a compatibilidade entre os dispositivos legais questionados e a Constituição Federal.

Atualmente, vivencia-se o neoconstitucionalismo, fase do pensamento jurídico cujas principais marcas são a supremacia da Constituição Federal, a força normativa dos princípios e o fortalecimento da jurisdição constitucional.

Nesse contexto, a Constituição Federal assume o papel de principal norma do ordenamento jurídico, condicionando a validade de todas as demais normas do direito objetivo. É dizer, portanto, que a atividade legislativa está formal e materialmente limitada pelo texto constitucional.

Compete, pois, ao Poder Judiciário o controle dessa relação de compatibilidade entre a atividade legislativa e o texto constitucional, sendo admitida a declaração de inconstitucionalidade da norma que violar a Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade pode ser desenvolvido em processo objetivo, de modo abstrato e concretado, quando a intenção é a manutenção da unicidade do ordenamento jurídico, sem que a discussão

3 EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI Nº 11.101/05 – VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DEMONSTRADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS SUPRAREFERIDOS DISPOSITIVOS LEGAIS – REGISTRO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PERANTE O CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – NECESSIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se a decisão que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, porquanto evidente a existência de contradição entre os dispositivos legais supramencionados e a Constituição Federal.

Os créditos bancários decorrentes de contratos como os mencionados no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05 - caso referidos contratos não tenham sido devidamente registrados no Cartório de Registro de Títulos antes da propositura da ação de recuperação judicial, como preceitua o art. 1361 do CC/02 – devem se submeter à Recuperação Judicial (f. 485-538).

envolva litígio. Pode, ainda, ser realizado em processo subjetivo, de modo difuso e concreto, quando o controle é necessário para a solução de um conflito subjetivo.

No caso, como já adiantado, os dispositivos legais são questionados em sede de controle difuso de constitucionalidade, considerando que essa discussão é prévia e incidental à resolução de uma controvérsia principal.

O objeto sobre o qual recai a alegação de inconstitucionalidade diz respeito aos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei de Falências, os quais assim dispõem:

“Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...).

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. (...).

Como se pode observar, os textos legais questionados estabelecem exceção no tocante aos créditos submetidos ao pedido de recuperação judicial. Segundo prescrevem os dispositivos, numa visão geral, escapam dos efeitos da recuperação judicial os créditos de natureza bancária, ou seja, das instituições financeiras.

Todavia, essas disposições legais conflitam com o texto constitucional. Explico.

Inicialmente, convém ressaltar que a recuperação judicial é um instrumento previsto na Lei 11.101/05 com a finalidade de viabilizar a superação de situação de crise temporária vivida pelo empresário. Busca-se o reequilíbrio da situação econômica e financeira da empresa, evitando-se o encerramento da atividade empresarial. Trata-se, portanto, de medida instituída na busca pela preservação da empresa, considerando a sua utilidade para o mercado econômico e fins sociais, com repercussão na livre concorrência e na manutenção de empregos. Por isso, é correta a afirmação de que a preservação da empresa tem ressonância nos princípios constitucionais sobre a ordem econômica, nos termos do art. 170, IV e VIII, da CF/88.

Ante esses aspectos, é possível concluir que os princípios da ordem econômica são um dos principais parâmetros de constitucionalidade para o exame da compatibilidade do objeto com o texto constitucional.

Argumenta-se, na defesa dos dispositivos questionados, que eles trouxeram previsão de medida tendente ao fomento da atividade econômica. Afirmar-se que a medida buscou facilitar a captação de crédito dos empresários junto às instituições financeiras. O principal fundamento é o de que, sendo menor o risco e maior a facilidade da cobrança, a tendência é a de que as instituições financeiras ofereçam créditos com menor burocracia e juros, fomentando, numa análise final, o exercício das atividades empresariais e o desenvolvimento do mercado econômico.

Entretanto, embora louvável, em tese, o ideal legislativo, é evidente que, na prática, isso nem sempre ocorre. A partir do exame do mercado financeiro, é indiscutível que a intenção legislativa não tem surtido efeito prático algum, tendo em vista que é comum a prática de transações bancárias com juros e demais encargos exorbitantes, que escapam de um padrão aceitável de razoabilidade e que nada contribuem com as expectativas do desenvolvimento econômico.

Assim, repita-se, em tese, a ideia da norma extraída dos textos legais questionados é até válida. Porém, ela é despida de efeito concreto.

Por outro lado, além da falta de eficácia prática, é importante ressaltar que a norma questionada, por vezes, inviabiliza o princípio da preservação da empresa, comprometendo, por consequência, a manutenção da ordem econômica.

É que, comumente, a situação de crise temporária do empresário é movida por dívidas de natureza bancária, sobretudo em razão dos altos juros e encargos praticados no âmbito dessas atividades, notadamente no período de mora.

Diante dessa situação, em que se evidencia crise movida por dívida bancária, a recuperação judicial do empresário é inócua, pois, nos termos dos dispositivos ora questionados, essas dívidas escapam dos efeitos da recuperação.

Assim, ao empresário em crise temporária por dívida bancária somente restará como saída a decretação da falência, pois o instrumento previsto para restabelecimento da saúde empresarial (recuperação) não terá viabilidade.

Nesse contexto, verifica-se o evidente prejuízo que os dispositivos ora questionados causam à atividade empresarial, pois, nas circunstâncias acima exaltadas, violam frontalmente o princípio da preservação da empresa, que é corolário lógico dos princípios constitucionais da ordem econômica, notadamente a livre concorrência e a busca do pleno emprego.

Então, numa análise final, os objetos desta arguição confrontam diretamente com o art. 170, IV e VIII, da CF/88.

Ademais, além da ofensa à ordem econômica, as regras legais impugnadas também afrontam um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), considerado como eixo central de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

É que, uma vez encerrada a atividade empresarial, a consequência direta é o desemprego dos funcionários vinculados ao empresário. Sem renda, os desempregados terão comprometida a manutenção própria e familiar, afetando-se a satisfação do mínimo existencial para uma vida digna.

Nota-se, portanto, que as consequências práticas dos dispositivos questionados impactarão diretamente na cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

Além disso, as consequências do objeto impugnado também estão em conflito com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na medida em que o desemprego fomenta o aumento das desigualdades sociais e regionais, instituindo situação diametralmente oposta àquela prevista no art. 3º, III, da CF/88.

Outrossim, também deve ser ressaltado que as repercussões dos dispositivos questionados ainda são vistas como afronta aos arts. 6º e 7º da CF/88, que instituem a proteção ao trabalho como direito social.

Assim, embora os objetos impugnados tenham sido instituídos pelo legislador na perspectiva do princípio da preservação da empresa, essa medida, à luz da técnica da ponderação, não é adequada à proteção destinada.

Diante do exposto, conclui-se que as disposições previstas no art. 49, §§ 3º e 4º, da Lei 11.101/05 violam diretamente os arts. 1º, III, 3º, III, 6º, 7º e 170, IV e VIII, da CF/88, sendo, dessa forma, materialmente inconstitucionais.

Posto isso, contra o parecer, julgo procedente o presente incidente, a fim de declarar a inconstitucionalidade material dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/05, por afronta aos arts. 1º, III, 3º, III, 6º, 7º e 170, IV e VIII, da CF/88.

Prevalecendo este entendimento, na forma do art. 507, § 1º, do RITJMS, devolva-se os autos à 4ª Câmara Cível deste Tribunal, para que aprecie a causa de acordo com o que restou decidido na matéria prejudicial examinada neste incidente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a questão de ordem e, no mérito, por maioria, julgaram improcedente a arguição, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Julizar Barbosa Trindade.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 19 de setembro de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0803319-10.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INTERVENÇÃO DA OAB COMO *AMICUS CURIAE* – DESCABIDA – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO – SINGULARIDADE DO SERVIÇO E INVIABILIDADE DA COMPETIÇÃO DEMONSTRADAS – PRECEDENTES DO STJ – ATO DE IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO DESPROVIDO.

“O amicus curiae é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de amicus curiae no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado”. (STJ - ADI 3460 ED)

Em que pese a intervenção possa se dar em qualquer fase no processo ou grau de jurisdição, no caso telado, não haverá contribuição efetiva por parte da OAB a justificar sua inclusão, já que, no momento, a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não guarda mais nenhuma relevância.

Os atos de improbidade previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 exigem a presença do elemento subjetivo, qual seja, o dolo ou culpa do agente, a depender da hipótese do enquadramento.

As contratações realizadas pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação, salvo nos casos de dispensa e inexigibilidade previstos na Lei nº 8.666/93.

Evidenciada a natureza singular do serviço, bem como a atuação especializada do profissional escolhido para sua execução que já havia assessorado em diversos casos idênticos, detendo o conhecimento necessários para orientar juridicamente os vereadores.

Muito embora tenha ocorrido contratação direta, por inexigibilidade de licitação, tal foi justificável, visando a atender o interesse público, de maior alçada, consistente na prestação de serviços advocatícios à Câmara Municipal de Vereadores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, contra o parecer.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Ministério Público Estadual contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da ação por ato de improbidade administrativa movida contra Dirceu Aparecido Longhi e Naudir de Brito Miranda.

Em síntese, alega que:

Poderia ter sido realizada o contrato com a dispensa da licitação, pois:

(...) não restou demonstrada a singularidade do serviço contratado (atuação jurídica no assessoramento e consultoria perante comissões processantes instauradas frente a agentes políticos do Município de Dourados), uma vez que a atividade desempenhada pelo causídico, ora apelado, não demandava a complexidade incomum exigida pela norma;

(...) Subsunção da conduta engendrada pelos apelados ao disposto no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/1992, que prevê pontualmente a dispensa indevida de licitação como ato de improbidade que causa lesão ao erário”, já que foi “dispensado o procedimento licitatório ao arrepio das disposições normativas, e procedendo-se à contratação direta, padeceu o orçamento público com um dispêndio de recursos financeiros inadequados e inoportunos, o que requer premente restituição.

As condutas causaram “enriquecimento ilícito de Naudir de Brito Miranda, que pelas duas contratações indevidas auferiu o montante de R\$ 285.000,00 (duzentos e oitenta e cinco mil reais) num curto espaço de tempo”.

Prequestiona o artigo 37, da CF; arts 180, 219, 1.003, § 5º, 1.009 a 1.011, do CPC; arts. 9, 10 e 11 e 20, todos da Lei nº 8429/92, arts. 13, V e 25, II, §1º, da Lei 8.666/93 e art. 4º, § 3º, da Lei 11.419/2006, requerendo, ao final, seja dado provimento ao recurso, julgando-se:

(...) integralmente procedentes os pedidos encartados na inicial de pp. 01-18, com a condenação dos apelados Naudir de Brito Miranda e Dirceu Aparecido Longui pela prática de atos de improbidade administrativa, incorrendo nas sanções previstas no artigo 12, incisos I, II e III da Lei de Improbidade Administrativa, nos termos da exordial.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento e provimento do apelo, prequestionamento o “art. 5º, incisos XXXV e LV, art. 37, § 4º, e art. 93, inciso IX, todos da CF; artigo 17, da Lei 8.429/92; e aos artigos 42, 513, 517 e 521, todos do Código de Processo Civil”.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Ministério Público Estadual contra decisão proferida pelo juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados nos autos da Ação por Ato de Improbidade Administrativa movida contra Dirceu Aparecido Longhi e Naudir de Brito Miranda.

Preliminarmente, aprecio o pleito realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Mato Grosso do Sul, de intervenção no feito como *amicus curiae*.

Dispõe o artigo 138, do CPC:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.

§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A leitura do dispositivo não deixa dúvidas de que a intervenção tem lugar apenas em situações excepcionais, quando verificada a “*relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia*”.

O objetivo dessa figura processual, tradicionalmente, é proteger direitos sociais *lato sensu*, sustentando teses fáticas ou jurídicas em defesa de interesses públicos ou privados, que serão reflexamente atingidos com o desfecho do processo.

Assim, sua atuação no feito como terceiro admitido no processo é fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, contribuindo para o incremento de qualidade das decisões judiciais sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes.

Por oportuno:

São duas as balizas: por um lado a especialidade da matéria, o seu grau de complexidade; por outro, a importância da causa, que deve ir além do interesse das partes, i.e., sua transcendência, repercussão transindividual ou institucional. São requisitos alternativos (“ou”), não necessariamente cumulativos: tanto a sofisticação da causa quanto sua importância ultra partes (i.e., que vá além das partes) pode autorizar, por si só, a intervenção. De todo modo, os dois aspectos, em casos em que não se põem isoladamente de modo tão intenso, podem ser somados, considerados conjuntamente, a fim de viabilizar a admissão do amicus.

A complexidade da matéria justificadora a participação do amicus tanto pode ser fática quanto técnica, jurídica ou extrajurídica.

A importância transcendental da causa pode pôr-se tanto sob o aspecto qualitativo (“relevância da matéria”) quanto quantitativo (“repercussão social da controvérsia”). Por vezes, a solução da causa tem repercussão que vai muito além do interesse das partes porque será direta ou indiretamente aplicada a muitas outras pessoas (ações de controle direto, processos coletivos, incidentes de julgamento de questões repetitivas ou mesmo a

simples formação de um precedente relevante etc.). Mas em outras ocasiões, a dimensão ultra partes justificadora da intervenção do amicus estará presente em questões que, embora sem a tendência de reproduzir-se em uma significativa quantidade de litígios, versam sobre temas fundamentais para a ordem jurídica.

(...)

O elemento essencial para admitir-se o terceiro como amicus é sua potencialidade de aportar elementos úteis para a solução do processo ou incidente.¹

Contudo, o *amicus curiae* não tem direito subjetivo a ingressar na demanda, devendo a necessidade da intervenção ser analisada no caso concreto, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

(...) O amicus curiae é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de amicus curiae no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente, um direito subjetivo processual do interessado". (ADI 3460 ED, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, Acórdão Eletrônico DJe-047 Divulg 11-03-2015 Public 12-03-2015) 3. Por um lado, a ora embargante, que se manifestou nos autos extemporaneamente, não trouxe em seu arrazoado argumentação relevante nova, e sustentou a mesma tese defendida por 2 das 3 entidades que ostentam a qualidade de amicus curiae. Por outro lado, não há direito subjetivo a ingresso no feito como amicus curiae, dependendo a admissão do exame ponderado caso a caso, inclusive para, v.g., assegurar um certo equilíbrio no debate a envolver a tese afetada. (EDcl no REsp 1483930/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 03/05/2017.)

Portanto, há uma discricionariedade do magistrado na admissão, que deve, por certo, fundamentar sua decisão a partir de elementos objetivos, mas sem deixar de examinar questões subjetivas como relevância da matéria e a repercussão social.

Nesse sentido, do STF:

1. A interação dialogal entre o DTF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do estado democrático de direito.

2. Conforme os arts. 7º, § 2º, da lei 9.868/1999 e 138 do CPC/15, os critérios para admissão de entidades como amicus curiae são a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, assim como a representatividade adequada do pretendente. (ADI 4858 Agr, Relator(A): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 03-04-2017.)

No caso dos autos, o Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação por ato de improbidade administrativa contra Dirceu Aparecido Longhi e Naudir de Brito Miranda, em razão de suposta contratação direta desnecessária do segundo como advogado da Câmara Municipal de Vereadores de Dourados, sem licitação.

¹ TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae no CPC/15*.

In <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15>

A ação foi julgada improcedente, tendo o Ministério Público Estadual interposto apelação cível que já estava incluída em pauta para julgamento quando a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Mato Grosso do Sul, peticionou requerendo sua inclusão na lide como *amicus curiae*.

Ocorre que, neste momento processual, em que o feito já encontra-se pronto para julgamento Colegiado, a admissão da requerente nada acrescentará os autos, haja vista o encerramento da fase instrutória. Aliás, o pleito acabou por adiar o julgamento da lide, o que se mostra prejudicial tanto aos envolvidos quanto aos demais jurisdicionados.

Mas não é só. A questão versada nos autos já foi por diversas vezes analisada por esta Corte, não se tratando de causa complexa, tampouco fazendo-se necessária a busca de novos subsídios jurídicos.

Em que pese a intervenção possa se dar em qualquer fase no processo ou grau de jurisdição, observo que no caso telado, não haverá contribuição efetiva por parte da OAB a justificar sua inclusão, já que, no momento, a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não guarda mais nenhuma relevância.

Diante disso, voto pelo indeferimento da intervenção da OAB/MS como *amicus curiae*.

Passo à análise do mérito do recurso.

O Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação por ato de improbidade administrativa contra Dirceu Aparecido Longhi, à época chefe do Poder Legislativo Municipal e Naudir de Brito Miranda, em razão da contratação deste por aquele, sem a prévia e obrigatória instauração de procedimento licitatório, para “*atuação jurídica o assessoramento e consultoria perante Comissões Processantes instauradas frente a agentes políticos do Município de Dourados*”.

De acordo com a inicial, a 16ª Promotoria de Justiça de Dourados instaurou o Inquérito Civil nº 022/2001, que concluiu pela ocorrência de duas contratações, sendo a primeira delas em 17 de novembro de 2010 (Contrato Administrativo nº 016/CMD/2010), com prazo de vigência até 17 de fevereiro de 2011, no valor de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais) e a segunda em 11 de janeiro de 2011 (Contrato Administrativo nº 001/CMD/2011), vigendo até 11 de abril de 2011, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Ambos os ajustes foram assinados pelo então presidente do Poder Legislativo Douradense, o requerido Dirceu Aparecido Longhi, que declarou a inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, inciso II, §1º, combinado com o art. 13, inciso V da Lei Federal nº 8.666/93.

Defende o *Parquet* que:

(...) aludidas contratações não se reputavam urgentes ou mesmo necessárias à época dos fatos, uma vez que contava a Câmara Municipal com quatro funcionários dentre procuradores e assessores jurídicos (f. 130), os quais poderiam perfeitamente acompanhar os trabalhos encampados pelas comissões processantes sem maiores gravames” e que a “contratação de Naudir não se pautou pela singularidade do serviço, já que este poderia ser executado por qualquer advogado com conhecimento de direito público, não se exigindo nenhuma habilidade especial para o caso.

Em razão de tal, defendeu que a conduta se subsume ao disposto nos artigos 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, pugnando pela aplicação das sanções correspondentes previstas no artigo 12.

Dispunham os artigos 9, 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa, em vigor quando do ajuizamento da presente demanda:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente (redação anterior à Lei 13.019/2014)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Por sua vez, o art. 12, da LIA estabelece a sanção no caso de enquadramento do agente nas hipóteses acima previstas, assim dispondo:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

(...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

Como se sabe, a realização de licitação é a regra geral para as contratações promovidas pela Administração Pública, de modo a permitir a igualdade de condições e de oportunidades, visando, assim,

alcançar as propostas mais adequadas e vantajosas para o Poder Público, em estrita observância dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e de outros correlatos.

Na lição de Hely Lopes Meirelles:

“(...) Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienações de bens públicos. Realiza-se através da sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente.” (MEIRELLES, Hely Lopes. In **Licitação e Contrato Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23)

A necessidade de submissão ao procedimento licitatório tem alçada constitucional, prevista no artigo 37, XXI, da Carta Magna:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Nessa linha, o próprio texto constitucional expressamente ressaltou a possibilidade de não observância da regra constitucional que determina a realização de licitação pública, sendo inegável que a contratação direta, seja por dispensa, seja por inexigibilidade, constitui exceção, nos termos dos artigos 24, 25 e 26 da Lei nº 8.666/93.

Sobre a inexigibilidade de licitação, dispõe o artigo 25, II, da Lei nº 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

(...)

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à fazenda pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Como ressaltado do dispositivo, a inexigibilidade é verificada quando houver impossibilidade jurídica de competição, seja porque o fornecedor do produto é exclusivo, seja porque serão contratados serviços técnicos de natureza singular, com profissional de notória especialização.

A seu turno, o artigo 13 da Lei nº 8.666/1993 enumera os serviços conceituados como “técnicos especializados”:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994);

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que outrora foi divergente, pacificou-se no sentido de que, para não constituir ato ímprobo a contratação de serviços de advocacia sem a prévia licitação, deve restar demonstrada singularidade do serviço e a inviabilidade da competição.

Vejamos:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA – EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA – SÚMULA 7 DO STJ – APLICAÇÃO.

1. “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo nº 2).

2. Não há falar em afronta ao art. 557 do CPC/1973, em virtude de o recurso ter sido decidido monocraticamente pelo relator; quando, em sede de agravo interno, este é reapreciado pelo órgão colegiado do Tribunal. Precedentes.

3. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Seção de Direito Público deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de serem imprescindíveis à contratação de advogado com inexigibilidade de licitação os requisitos da singularidade do serviço e da inviabilidade da competição.

4. *Hipótese em que a Corte de origem não vislumbrou tais pressupostos a autorizar a contratação dos serviços sem o respectivo procedimento licitatório, sendo certo que, na hipótese, o acolhimento da pretensão recursal para modificar tal entendimento implicaria necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.*

5. *Exame do dissídio jurisprudencial prejudicado, à vista da aplicação da Súmula 7 desta Corte.*

6. *Agravo interno desprovido.* (AgInt no REsp 1335762/PB, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 30/11/2017, DJe 05/02/2018)

DIREITO SANCIONADOR – AGRAVO INTERNO EM RESP. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PELO ENTÃO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PASSOS/MG PARA AUXÍLIO JURÍDICO EM PERÍODO DE ASSUNÇÃO DE MANDATO – PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE PELA CORTE DE ORIGEM – ACÓRDÃO REFORMADO NESTA CORTE SUPERIOR POR DECISÃO MONOCRÁTICA, PARA CONDENAR OS DEMANDADOS ÀS SANÇÕES DA LEI 8.429/1992 – PRETENSÃO, NESTE AGRAVO INTERNO, SE RESTABELEÇA O ACÓRDÃO DAS ALTEROSAS – DE FATO, O TRIBUNAL DE ORIGEM, COM ESTEIO NO QUADRO EMPÍRICO REPRESADO NO CADERNO PROCESSUAL, ATESTOU A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS E A SINGULARIDADE DO SERVIÇO, RAZÃO PELA QUAL A CONTRATAÇÃO SE ENCARTA EM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – CONDUTA ÍMPROBA INEXISTENTE – AGRAVO INTERNO DAS PARTES DEMANDADAS PROVIDO PARA DESPROVER O APELO RARO DO AUTOR DA AÇÃO.

1. *Cinge-se a controvérsia em saber se resulta em ato de improbidade administrativa a contratação, sem prévio procedimento de licitação, para assessoramento jurídico de Prefeito, que estava a assumir mandato.*

2. *De início, é de se registrar o art. 5o. do Código de Ética da nobre profissão de advogado (Resolução 2/2015, do Conselho Federal/OAB), segundo o qual o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.*

3. *Efetivamente, submeter a contratação do serviço advocatício a procedimento licitatório é estabelecer a lógica de preço e de técnica a questões que, enxergadas sob a ótica do mercado, perdem o seu valor. Sobre esse tema, vale conferir a tese do Professor Michael Sandel na obra o que o dinheiro não compra (Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012). Certas situações, quando encaradas sob a perspectiva de compra e venda, se subvertem, isto é, no caso do serviço advocatício, o elemento confiança, que integra o conceito de melhor técnica, se perde quando se busca um profissional pelo menor preço a partir da licitação. Consequentemente, não se alcança a chamada proposta mais vantajosa para a Administração Pública, que nem sempre é a mais em conta.*

4. *Por consequência, pode-se dizer que todas as vezes em que o Administrador Público convoca diretamente um advogado para um serviço específico, a singularidade está automaticamente vertida na relação, uma vez que a confiança, por ser elemento integrativo fundamental entre parte e advogado, torna, por si só, única a contratação.*

5. *Mesmo que não se adote essa linha interpretativa, esta Corte Superior tem a diretriz de que a contratação direta de serviços de Advocacia deve estar vinculada à notória especialização do prestador do serviço e à singularidade do objeto contratado (hipóteses incomuns e anômalos), caracterizando a inviabilidade de competição (Lei*

8.666/93 - arts. 25, II e 13, V), avaliada por um juízo de razoabilidade (AgRg no AgRg no REsp. 1.288.585/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe 09.03.2016).

6. Na presente demanda, o Tribunal de origem, ao analisar os elementos factuais e probatórios que se represaram no caderno processual, atestou que os profissionais tinham notória especialização (f. 1.219) e desempenharam serviço singular (transição de governo), razão pela qual a contratação estava dentro das exigências previstas na Lei 8.666/1993.

7. Há, no acórdão das Alterosas, informações suficientes a que esta Corte Superior mantenha o decreto absolutório, pois, constatada a notória especialização do advogado e a singularidade dos serviços, não se pode concluir que a declaração de inexigibilidade de processo licitatório seja causa material de ato ímprobo. A decisão agravada merece reproche.

8. Agravo interno das partes implicadas provido para desprover o apelo raro do autor da ação. (AgInt no AgRg no REsp 1330842/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 19/12/2017)

Ainda por oportuno:

“A notória especialização jurídica é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável, que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade, envolvendo serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.” (REsp 448.442/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/09/2010).

Vale esclarecer que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral sobre a matéria. Contudo, não houve determinação de sobrestamento dos feitos, consoante se vê:

EMENTA – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE DETERMINADOS SERVIÇOS, COM DISPENSA DE LICITAÇÃO – CONSEQUÊNCIAS – PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (AI 791811 RG, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 16/09/2010, DJe-190 Divulg 07-10-2010 Public 08-10-2010 Ement Vol-02418-11 PP-02340 Lexstf v. 32, nº 382, 2010, p. 98-104)

Assim, para que incida a inexigibilidade, além de o serviço estar mencionado no referido artigo 13, é necessário que possua natureza singular, ou seja, aquele nitidamente diferenciado dos prestados pelos demais profissionais do mesmo ramo e que inviabiliza, ou pelo menos dificulta, a sua comparação com os outros.

Em suas lições, Marçal Justen Filho conceitua a natureza singular do serviço:

“A natureza singular do serviço advocatício se caracterizará em virtude da presença de requisitos de diferente natureza: a complexidade da questão, a especialidade da matéria, a sua relevância econômica, o local em que se exercitará a atividade, o grau de jurisdição e assim por diante. Nada impede que a singularidade derive da complexidade do conjunto de atividades e tarefas: individualmente, cada atuação poderia ser considerada como normal e comum, mas existem centenas ou milhares de processos e a singularidade

decorre dessa circunstância quantitativa. É impossível sumariar todas as características aptas a produzir a singularidade de um serviço advocatício. Uma certa questão pode configurar natureza singular no âmbito de um órgão e não no de outro, tendo em vista a dimensão das atividades casualmente desenvolvidas e a qualificação dos serviços jurídicos existentes” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001).

Também já se decidiu no Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de contratação direta de escritórios de advocacia pelo Poder Público, desde que preenchidos determinados requisitos, os quais estão expostos na ementa abaixo:

EMENTA – IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO – SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA – A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa. (Inq 3074, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, Acórdão Eletrônico DJe-193 Divulg 02-10-2014 Public 03-10-2014)

Em suma, para que haja a contratação direta, mediante a inexigibilidade, faz-se necessário que o serviço tenha natureza singular, e, por essa razão, justifique a contratação de pessoa com notória especialização, a fim de assegurar a sua satisfatória prestação.

De acordo com o Ofício nº 002/2010, encaminhado ao então Presidente da Edilidade Douradense, requerido Dirceu Aparecido Longhi, os vereadores que o subscreveram solicitaram “*a contratação de assessoria técnica especializada para acompanhar a comissão processante da saúde e as demais comissões processantes que deverão ser criadas nessa casa de leis*” (f. 38).

Atendido aquele pleito, o requerido encaminhou ao presidente da comissão permanente de licitações daquela Câmara Municipal, autorização para a abertura de procedimento licitatório para contratação de serviços de advocacia,

“solicitando verificar a possibilidade de contratação direta em detrimento à urgência e à caracterização singular do objeto a ser contratado, com fortes elementos segmentados na confiança que tem origem na discricionariedade que a matéria exige e, principalmente, na prestação de serviços especializados” (f. 40).

Em resposta, a Comissão Permanente de Licitação, através de seu Presidente, assim concluiu:

“Pelo exposto, temos além do objeto enquadrar-se em uma das hipóteses previstas no art. 13 da Lei 8666/93, o serviço é de caráter excepcional, não continuado à Administração Pública, com a consequente inviabilidade de sua satisfação por qualquer profissional.

O profissional escolhido possui elementos que caracterizam notória especialização, que é a comprovação objetiva de elementos que qualificam nessa hipótese, atribuindo-lhe uma maior habilitação com relação aos demais profissionais do mercado, juntamente com o reconhecimento dessa habilitação no meio profissional do setor.

Também apensado ao processo licitatório, nas expensas documentações apresentadas, o curriculum vitae do advogado Naudir de Brito Miranda coleciona na sua experiência profissional extensa folha de serviços prestados na mesma natureza de serviço que ora se deseja contratar.

Pelas justificativas expostas, sob a ótica do mestre Marçal Justen Filho, fundado especialmente no art. 25, inciso II, e no art. 13 I a V, ambos da Lei 8.666/93, e documentações do advogado, apensadas ao processo com notória especialização nos termos da Lei, sou favorável a inexigibilidade de licitação, no Processo Administrativo de Licitação sob o nº 020/2010, e à contratação do advogado Naudir de Brito Miranda” (f. 45-49)

No mesmo sentido foi o parecer técnico da Procuradoria do Legislativo Municipal:

“No caso em apreço, o advogado Naudir de Brito Miranda já teve questionada judicialmente a sua contratação por inexigibilidade de licitação, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Processo nº 0000242-11.2000.8.12.0046, recentemente (publicação do acórdão em 19/5/2010) entendido pela legalidade da contratação, processo este que já transitou em julgado, referendando assim, o posicionamento do STF e do Tribunal de Contas sobre a possibilidade de contratação de advogado por inexigibilidade.

Como se pode ver, no caso específico do causídico em questão, já houve manifestação do Poder Judiciário sul-mato-grossense sobre a legalidade da contratação, diante de sua notória especialização em assessoria de comissão processante.

(...)

Além do mais, os documentos apresentados pelo advogado, que já prestou assessoria a inúmeras comissões processantes em várias Câmaras Municipais pelo Estado (Alcinópolis, Bandeirantes, Sonora, Cassilândia) demonstram o conhecimento técnico suficiente e anterior para caracterizar sua notória especialização, se enquadrando nos ditames do § 1º do art. 25, da Lei nº 8666/93.

Não se pode esquecer ainda, que para a contratação de serviço de advocacia a confiança entre o contratante e o contratado é essencial, e esta não pode ser medida pelo certame. Deve-se levar em consideração também, a dificuldade de comparação para a contratação de serviços técnicos especializados.

Destarte, s.m.j., não ofende a legislação vigente a contratação do advogado Naudir de Brito Miranda, com inexigibilidade de licitação, diante de sua notória especialização através da prestação de serviços com o mesmo objeto em oportunidades anteriores, como dito alhures, confirmadas pelas provas documentais carreadas aos autos, onde a certidão emitida pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul exprime que aquela Corte, em inúmeras vezes já aprovou a contratação do profissional pela forma ora pretendida, o que já foi chancelado pelo Poder Judiciário deste Estado.

Diante do exposto, não existe óbice para a contratação do advogado acima citado, por inexigibilidade de licitação.

É este o parecer, SMJ”. (f. 51-54)

Como se vê, o parecer transcrito defende que a situação refere-se a caso de inexigibilidade do procedimento licitatório, por inviabilidade de competição, em razão da confiança depositada no causídico, decorrente de sua atuação em inúmeros casos idênticos.

Fulcrado em tais posicionamento foi que o requerido Dirceu Aparecido Longhi, decidiu pela contratação de Naudir de Brito Miranda, nos seguintes termos:

“Destacamos, ainda, que o senhor Naudir de Brito Miranda, já atuou em casos semelhantes, tendo sido contratado nas mesmas condições que ora se configura e tem o reconhecimento de legalidade pelo desembargador Rubens Bergonzi Bossay, da terceira turma cível, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, nos autos do Processo 2010.002523;0000-00, além de uma lista de atuações em vários processos gerados pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, o que nos leva a crer na sua indiscutível capacidade profissional que ora aspiramos, além do parecer jurídico acostado ao processo opinar por sua contratação.

Essa é a razão objetiva pela qual expresso parecer favorável à sua contratação”
(f. 57)

Ainda, extrai-se da ata de reunião da comissão permanente de licitação referente ao Processo Administrativo de Licitação nº 020/2010:

“O processo administrativo foi aberto de acordo com a Lei 8666/93, com o pedido do presidente da câmara para verificar a possibilidade de contratação direta. Verificando a documentação acostada ao processo, o parecer jurídico (art. 38), parecer contábil (art. 38), a justificativa de preço (art. 26-III), a razão da escolha do executante (art. 26- II) e, sobretudo, a legislação pertinente, os membros da comissão de licitação, baseados na extensa justificativa exarada pelo seu presidente, são unânimes em acordar com o teor do despacho, mas que orienta pela manutenção da boa ótica de economicidade e razoabilidade da administração quando adota alguns procedimentos elementares para um bom contrato. Enfatizam ainda que há que se conduzir a contratação dentro da normatização exigida pelo Tribunal de Contas do Estado, especialmente da alínea “b”, item I, do art. 3º da IN 017/00. Em síntese, a comissão entende que cabe à autoridade superior a decisão de inexigibilidade, ratificação e contratação direta” (f. 67)

Analisando os documentos colacionados aos autos, observa-se, ainda, que o Tribunal de Contas decidiu pela regularidade e legalidade do contrato nº 016/CMD/2010 (f. 969-910).

A análise das provas colacionadas aos autos não leva a conclusão diversa da que chegou o julgador singular, uma vez que restava evidenciada, naquela ocasião, a natureza singular do serviço, bem como a atuação especializada do profissional escolhido para sua execução que já havia assessorado em diversos casos idênticos, detendo o conhecimento necessários para orientar juridicamente os vereadores. Trata-se, pois, de causídico de renome, atuante na área em que prestou a assessoria necessária.

Nesse contexto, muito embora tenha ocorrido contratação direta, por inexigibilidade de licitação, tal fato ocorreu, como se viu, de forma justificável, visando a atender o interesse público, de maior alçada, consistente na prestação de serviços advocatícios à Câmara Municipal de Vereadores.

Inexiste provas robustas de que os requeridos tenham cometido ato de improbidade, visto que o caso afigura-se como situação excepcional, em que deve preponderar o interesse público relativo à efetividade da defesa dos interesses do ente municipal, a justificar a aludida contratação, não se tendo notícia de que a parte ré tenha agido com dolo ou mesmo com culpa *lato sensu*.

Além disso, não se constata a existência de indícios de vontade livre e consciente por parte dos réus de superar a necessidade de realização da licitação, sendo válida a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro a respeito:

*“(...) a rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há de se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei, (...)”*²

E acrescenta:

*(...) a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidos na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins*³

Ainda, como bem pontuado na sentença:

Também pouco importa a ilação no sentido de “que meses antes de ultimada a tratativa com o causídico Naudir, ora requerido, a Câmara Municipal, sob a presidência do vereador Sidlei Alves da Silva, já havia procedido à licitação na modalidade convite para a contratação de serviços desta mesma natureza, sendo que a sociedade Roaldo Pereira Espíndola & Advogados Associados SS (Processo Licitatório nº 18/2010/Convite nº 14/2010 - f. 339) vencera o certame, executando, pois, o trabalho requisitado”.

Pior. Também descabe dizer que “não bastasse isto, em desfavor do requerido Naudir de Brito Miranda ainda pesa ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual na 1ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, também em virtude de ajuste sem licitação para a prestação de serviços advocatícios, que, sentenciada em 20.08.2009, impôs ao réu, dentre outras penalidades, a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 03 (três) anos, conforme certidão de objeto e pé de f. 567/568”.

Tudo porque, em síntese de perfil, sustenta-se a rechaça em duas razões. A primeira, sem prejuízo do todo delineado, tendo-se em conta que a singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço). E diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional 25. E tanto se fez, pois atendeu os interesses da Câmara a pedido da edilidade, diante das circunstâncias. Ao depois, considerado que o uso da Lei de Improbidade Administrativa não pode transformar os acusados em automaticamente culpados e, conseqüentemente, o direito de contratar com o poder público, como medida restritiva de direito de natureza grave deve ser inserida entre aquelas contempladas no artigo 20 da Lei nº 8429/92, somente sendo efetivada com o trânsito em julgado da sentença, o que decorre da interpretação desse dispositivo em combinação com o artigo 14 da Lei nº 7347/85 e do poder geral de

² Direito administrativo. 14. ed. Atlas, 2001, p. 687

³ Ob. cit. p. 689

cautela previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil²⁶. E por aí, efetivamente, o cumprimento da sanção de interdição de direito de contratar com o Poder Público e receber benefícios subordina-se ao trânsito em julgado da decisão judicial. Art. 20 da Lei 8.429/92²⁷.

Diante, pois, “de todos esses elementos factuais”, juridicamente não “verifica-se a incidência dos requeridos Dirceu Aparecido Longhi e Naudir de Brito Miranda na prática de improbidade administrativa. Isto porque”, ao contrário do enfatizado exordial, se afigura “permitida a contratação do segundo sem o devido procedimento licitatório” e, ao tempo do ato, não subsistia “inabilitação para o pleito haja vista o impedimento de firmar contrato com o Poder Público”, por não fazer coisa julgada.

Postas as coisas assim, num raciocínio tipo silogístico, se é cediço que a mera existência de indícios de improbidade administrativa autoriza o recebimento da petição inicial, diante do princípio in dubio pro societate, que deve informar a tutela jurisdicional voltada à proteção do patrimônio público²⁸, os dados contra-indiciários aventados e a base documental probatória os apaga, chegando-se ao conluimento de que, aniquilados como estão, patenteada está a negativa de acolhimento da pretensão ministerial.

Enfrentados todos os argumentos relevantes deduzidos no processo, com o condão de influenciar no julgamento, soçobram considerações sobre o mais fundamentado pelas partes, pois, em tese, não podem infirmar a conclusão acima exposta, não tendo, portanto, força de mutação no deslinde da vexata quaestio (CPC/15, art. 489, IV).

Outro não tem sido o entendimento deste Sodalício a respeito da matéria:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO – NÃO DEMONSTRADOS INDÍCIOS DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO – AUSÊNCIA DA CONCRETIZAÇÃO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATADOS – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O enquadramento dos requeridos nos artigos 9º e 10, da Lei nº 8429/92, exige a comprovação de conduta dolosa e culposa, exigindo-se, também, a prova do enriquecimento ilícito e de prejuízo ao erário. Para a condenação pela improbidade capitulada no art. 11, da Lei nº 8.429/97, por violação aos princípios da administração, há de estar configurada a ofensa aos conceitos básicos, entre outros, de honestidade, moralidade, legalidade e impessoalidade. A simples violação da legislação que prevê a realização prévia de licitação para a contratação de advogado não importa necessariamente na conclusão de estarem os requeridos submetidos à hipótese contida no art. 11, da Lei nº 8.429/92, pois o entendimento majoritário é no sentido de ser necessário comprovar a má-fé do agente, ou seja, comprovar a presença do comportamento doloso, com vontade livre e consciente de violar a lei. Não demonstrados nos autos indícios de que o ato do gestor público foi praticado com dolo ou que tenha causado dano ao erário, impõe-se a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido de condenação dos requeridos por ato de improbidade administrativa. (TJMS. Apelação nº 0812435-72.2014.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 30/01/2018, p: 31/01/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SENTENÇA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973 – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA – SOBRESTAMENTO DO RECURSO – DESNECESSIDADE – FASE PRELIMINAR – NÃO RECEBIMENTO DA INICIAL – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ESPECIALIZADO – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO DESPROVIDO Tendo em vista que a sentença recorrida foi proferida na vigência do CPC/1973, este é o regramento a ser observado na análise do recurso. No próprio RE 656.558/SP, invocado pelo recorrido, o Ministro relator entendeu pela desnecessidade de sobrestamento dos recursos relativos à matéria objeto dos autos, ainda que reconhecida a repercussão geral do tema. É possível a rejeição liminar da ação civil pública de improbidade administrativa quando o magistrado se convencer da inexistência de ato de improbidade, a teor do § 8º, do art. 17 da Lei nº 8.429/1992. No Supremo Tribunal Federal sedimentou-se o entendimento no sentido de que “a contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado”, o que foi atendido na hipótese dos autos. É inexigível a licitação para a contratação de advogado para a realização de serviço técnico especializado, com base no art. 13 c/c inciso II, § 1º, do art. 25, da Lei nº 8.666/93. (TJMS. Apelação nº 0801392-66.2015.8.12.0046, Chapadão do Sul, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 05/04/2017, p: 10/04/2017)

Por fim, sabe-se que, no sistema de persuasão racional adotado no processo civil brasileiro, o juiz não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações e disposições normativas invocadas pelas partes, bastando menção às regras e fundamentos jurídicos que levaram à decisão de uma ou outra forma. Assim, dou por devidamente prequestionados os artigos 5º, incisos XXXV e LV, 37 e 93, inciso IX, da CF; arts. 180, 219, 1.003, § 5º, 1.009 a 1.011, do CPC; arts. 9º, 10, 11, 17 e 20, todos da Lei nº 8429/92, arts. 13, V e 25, II, § 1º, da Lei 8.666/93 e art. 4º, § 3º, da Lei 11.419/2006, e aos artigos 42, 513, 517 e 521, todos do Código de Processo Civil, a fim de evitar a oposição de aclaratórios com intuito prequestionador.

Ex positis, contrariando o parecer da PGJ, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800268-48.2014.8.12.0025 - Bandeirantes
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CORPO ACONDICIONADO NO IML AGUARDANDO TRÂMITE PARA VELÓRIO E SEPULTAMENTO ENTROU EM ESTADO DE PUTREFAÇÃO DEVIDO FALTA DE MANUTENÇÃO DA CÂMARA FRIA – DANOS MORAIS RECONHECIDOS – ALEGAÇÃO DE CULPA CONCORRENTE NÃO CONHECIDA – INOVAÇÃO RECURSAL – VALOR DA INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DEVE SER COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – *QUANTUM* MAJORADO – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA – ADI Nº 4357 e nº 4425 – JUROS DE MORA – TERMO *A QUO* – RELAÇÃO EXTRAPATRIMONIAL – SÚMULA 54 DO STJ – DATA DO EVENTO DANOSO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – DESCABIDA – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 326 DO STJ – RECURSO DO RÉU – CONHECIDO EM PARTE E NESTA PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DO AUTOR – PARCIALMENTE PROVIDO.

O valor da indenização deve ser relevante para o causador do dano, atentando-se à sua capacidade econômica e para a vítima não pode ser desproporcional ao seu sofrimento.

Diante do efeito vinculativo de decisão do STF, deve ser mantida a aplicação integral da regra prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97 até 25/03/2015, seja em relação aos juros, seja em relação à correção monetária, e a partir de 26/03/2015 a correção monetária deverá ser calculada com amparo no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

Quando os autos versam sobre responsabilidade extracontratual por ato ilícito, em caso de condenação por danos morais, devem os juros de mora incidir desde o evento danoso, conforme inteligência da Súmulas 54 do Superior Tribunal de Justiça

A fixação dos honorários advocatícios deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que remunere adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto.

O enunciado da Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça, determina que “*na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de Alvaristo Bento do Carmo, conhecer em parte do apelo do Estado de Mato Grosso do Sul e, nesta extensão, dar parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimentos recursais de apelações cíveis interposta por Alvaristo Bento do Carmo e Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença proferida pelo mm. juízo de direito da vara única da Comarca de Bandeirantes, nos autos da ação de indenização por dano moral movido por Alvaristo Bento do Carmo, que julgou parcialmente procedente a ação, condenando o Estado ao pagamento de indenização por danos morais do valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescido de correção monetária pelo IPCA-E e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, tudo a partir da data desta sentença. Em razão da sucumbência recíproca, condenou o requerido ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação, e o requerente ao em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor pleiteado a título de danos morais e o valor da condenação por danos morais, cuja exigibilidade fica suspensa.

O Estado de Mato Grosso do Sul alega, em síntese, que:

A despeito da comprovação do fato de que a câmara fria do IML de Corumbá não estava funcionando corretamente quando do acondicionamento do corpo, existem provas nos autos da culpa concorrente do apelado, devendo ser aplicado ao caso o disposto no artigo 945 do Código Civil, reduzindo-se o *quantum* indenizatório;

Mesmo que se entenda que não houve culpa concorrente do apelado, ainda assim o valor da indenização arbitrada pelo julgador de instância singela merece ser revisto, por estar desarrazoado com os fatos noticiados no feito, além de estar em dissonância da jurisprudência pátria;

Deve ser aplicado ao caso o disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, o qual determina que a correção monetária deverá ser fixada com base nos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, ou seja, 6% ao ano;

Requer, *in fine*, o provimento do recurso, para que seja reconhecida a culpa concorrente do apelante, diminuindo o *quantum* fixado a título de danos morais, bem como fixando os juros aplicados à caderneta de poupança, ou seja, 6% ao ano.

Contrarrazões às f. 277-284, pelo desprovimento do recurso.

Por sua vez, o apelante Alvaristo Bento do Carmo alega, em síntese, que:

O *quantum* indenizatório foi fixado muito aquém do mínimo necessário para se alcançar os princípios norteadores da imposição de indenização, eis que não amenizou, nem de perto e nem de longe, os danos sofridos pelo apelante, ante a dimensão do dano;

Nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, os juros de mora devem incidir desde a data do evento danoso, e não da data da sentença;

A sentença fixou os honorários advocatícios da proporção de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, no entanto, de modo a se preservar a justa remuneração, se mostra razoável a sua majoração no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação, com fulcro no artigo 85, § 2º do CPC/15;

Conforme enunciado da Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça, na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso, para que seja aumentado o valor arbitrado a título de danos morais, fixando como termo inicial da incidência dos juros de mora a data do evento danoso, majorando os honorários sucumbenciais para o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação e, afastando a sucumbência recíproca.

Contrarrazões às f. 269-276, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimentos recursais de apelações cíveis interposta por Alvaristo Bento do Carmo e Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença proferida pelo mm. juízo de direito da vara única da comarca de Bandeirantes, nos autos da ação de indenização por dano moral movido por Alvaristo Bento do Carmo, que julgou parcialmente procedente a ação, condenando o Estado ao pagamento de indenização por danos morais do valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescido de correção monetária pelo IPCA-E e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, tudo a partir da data desta sentença. Em razão da sucumbência recíproca, condenou o requerido ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação, e o requerente ao em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor pleiteado a título de danos morais e o valor da condenação por danos morais, cuja exigibilidade fica suspensa.

O autor ingressou com a demanda alegando que seu filho, Rodrigo de Melo do Carmo, veio a óbito no dia 19/01/2014 na comarca de Corumbá-MS e quando foi retirar corpo, em 21/01/2014 para transporte e sepultamento em Campo Grande – MS foi surpreendido, pois o cadáver estava em estado de putrefação, razão pela qual se viu privado de fazer o velório na cidade de Campo Grande-MS, tendo sido obrigado a realizar a inumação no dia 24/01/2014, naquela cidade longe dos familiares, tudo por negligência do IML – Instituto Médico Legal, que não acondicionou de maneira correta aqueles restos mortais.

A sentença proferida, constou o seguinte dispositivo:

“Posto isso, resolvo o mérito nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgando parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, para o fim de condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais do valor total de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), que deverá ser acrescido de correção monetária pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e de juros moratórios simples de 1% (um por cento) ao mês, tudo a partir da data desta sentença. Considerando que não houve antecipação de custas e despesas processuais, deixo de condenar o requerido ao pagamento de qualquer valor a esse título. Ademais, o requerido é isento dessas taxas (art. 24, I, da Lei Estadual nº 3.779/2009).

Condeno o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários advocatícios em favor do(s) patrono(s) da parte requerente no valor mínimo de 10% (dez por cento) da importância atualizada da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC, considerando que a presente demanda não se mostrou complexa a ponto de justificar a majoração do valor mínimo previsto na Lei.

Nos termos dos §§ 6º e 14 do art. 85, do CPC, e considerando a orientação contida no Enunciado 14 da ENFAM, condeno o requerente ao pagamento de honorários advocatícios à Procuradoria do Estado de Mato Grosso do Sul no valor mínimo de 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor pleiteado a título de danos morais e o valor

da condenação por danos morais, nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC, considerando que a presente demanda não se mostrou complexa a ponto de justificar a majoração do valor mínimo previsto na Lei.

Considerando que o requerente é beneficiário da gratuidade da justiça, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (CPC, art. 98, § 3º).

Não é cabível a remessa necessária, nos termos do art. 496, § 3º, I, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intime-se”.

Recurso de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul

Quanto ao recurso de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul, no que tange ao pedido de reconhecimento da culpa concorrente, verifica-se que tal argumento não consta na contestação de f. 36-46, bem como sequer foi aventado em primeiro grau, de forma que, sua análise por este tribunal ensejaria supressão de instância.

Nesse sentido tem entendido esta Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRELIMINAR – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – MÉRITO – CONTRATO DE EMPRÉSTIMO DE CAPITAL DE GIRO - COBRANÇA DE JUROS CAPITALIZADOS – ADMISSIBILIDADE DESDE QUE CONTRATADA – DA SUCESSIVIDADE DOS CONTRATOS EM CADEIA – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. Constatado nas razões recursais que a parte apelante apresentou impugnação aos fundamentos da sentença recorrida, pleiteando sua reforma, rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade. Nos termos da Súmula 541, da Corte Superior: “A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. Não se conhece de tese sustentada em segundo grau que não foi submetida à apreciação do juízo a quo, sob pena de supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição”. (TJMS. Apelação nº 0822932-14.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 22/08/2018, p: 23/08/2018)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PRECLUSÃO E PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO – MATÉRIAS NÃO DISCUTIDAS NA ORIGEM – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – TUTELA DE URGÊNCIA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 300 DO CPC – RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E NAQUELA CONHECIDA, PROVIDO. 1 - Ausente pronunciamento do juízo a quo acerca das temáticas referentes à ilegitimidade ativa, preclusão e prescrição, inviável analisá-las nesta instância recursal, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, o que é incabível, especialmente considerando que, em se tratando de agravo de instrumento, somente a decisão agravada é devolvida ao conhecimento da Corte”. (...) (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1411067-11.2016.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 28/03/2017, p: 31/03/2017).

Ante o exposto, não conheço da questão atinente à culpa concorrente.

Em relação ao pedido de redução do *quantum* indenizatório fixado pelo magistrado de piso, tenho que melhor sorte não lhe assiste.

Não se pode olvidar que se trata de questão delicada, que requer uma análise mais abrangente, sendo que a ausência de critério fixo para fixação do valor a ser arbitrado a título de indenização pelos danos morais dificulta ao magistrado sua quantificação.

O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado de maneira a oportunizar ao lesado um abrandamento da dor psíquica, sem com isso, produzir-lhe o enriquecimento sem causa. Por outro lado, deve desempenhar reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a ocorrência de novos episódios.

Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

“O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.” (RESP n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5.6.2010, pág. 00172)

Dessa forma, deve-se atentar também para as condições financeiras das partes, pois é certo que o valor da indenização deve ser estabelecido em patamar suportável, sem obrigar o condenado a grandes mudanças e dificuldades de sobrevivência.

Vejamos a posição desta Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – MATÉRIA DECIDIDA NO DESPACHO SANEADOR – INÉRCIA DA PARTE – INSURGÊNCIA NO APELO – IMPOSSIBILIDADE – PRECLUSÃO PRELIMINAR – NÃO CONHECIDA MÉRITO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – INTERCEPTAÇÃO DE TRAJETÓRIA DE QUEM SE DESLOCA EM RODOVIA – CULPA DO MOTORISTA INTERCEPTADOR – DANOS MORAIS DEVIDO – QUANTUM – MANTIDO HONORÁRIOS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – FIXAÇÃO EM PERCENTUAL SOBRE A CONDENAÇÃO – MONTANTE ADEQUADO PARA REMUNERAR O CAUSÍDICO DOS VENCEDORES – DENUNCIÇÃO DA LIDE DA SEGURADORA – CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITO PREVISTO EM CONTRATO NÃO APOSTA EM DESTAQUE – AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE EFEITOS QUANTO AO SEGURADO – CONDENAÇÃO DA DENUNCIADA AO RESSARCIMENTO DOS VALORES DESEMBOLSADOS PELA SEGURADA ATÉ O LIMITE DA APÓLICE – RECURSO DA RÉ CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DAS AUTORAS AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (...) É pertinente a incidência de dano moral no caso de acidente automobilístico que ceifou a vida do companheiro e pai das autoras, ocasionando a estas a dor e o sofrimento pela perda daquele que as amparava; trata-se de dano de ordem intrínseca. O quantum indenizatório deve ser fixado de forma razoável pelo julgador, que deve se ater às circunstâncias que o caso apresenta, a fim de procurar compensar ao menos em parte o dano causado, punindo o seu ofensor.” (TJMS - Apelação - nº 0550031-82.2006.8.12.0054 - Nova Alvorada do Sul, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara Cível, DJ 18 de setembro de 2014).

No caso, é inconteste o imenso abalo extrapatrimonial experimentado pelo autor, ao ver o corpo de seu filho apodrecido no IML, enquanto aguardava os trâmites para velório e sepultamento, razão porque não há de se falar em diminuição do valor arbitrado a título de danos morais.

Assim, levando em conta a gravidade do ocorrido, e a condição econômica das partes, entendo que para a controvérsia examinada não há como reduzir o *quantum* fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo magistrado de primeira instância.

Finalmente, quanto aos juros e correção monetária, com o advento da Lei 11.960/2009, de 29/06/2009, que alterou o art. 1º-F da Lei 9.494/97, a correção monetária das dívidas fazendárias passaram a ser pela TR e juros de 0,5% ao mês, mesmo com sentenças transitadas em julgado que determinassem de forma diversa.

Porém, com o julgamento da ADI 4.357/DF, em 14/03/2013, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial do § 12 incluído no art. 100 da CF pela EC 62/09 com relação à vinculação da atualização monetária de débitos fazendários inscritos em precatórios aos índices oficiais de remuneração da caderneta de poupança e, por arrastamento, a inconstitucionalidade também do art. 5º da lei 11.960/09, que conferiu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Naquela ADI definiu de forma expressa a respeito da aplicação sobre os precatórios e no dia 25/03/2015 pronunciou-se sobre a modulação dos efeitos (ADI 4.425/DF), dando eficácia prospectiva a decisão, consoante se vê:

EMENTA – QUESTÃO DE ORDEM – MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27) – POSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES – PRECEDENTES DO STF – REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009 – EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. (...) (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, Processo Eletrônico DJe-152 Divulg 03-08-2015 Public 04-08-2015)

Nossas Cortes de Justiça, assim como o STJ, acabaram por estender os efeitos para todas as condenação judiciais da fazenda pública, determinando já na fase de conhecimento que as dívidas sejam atualizadas nos termos definidos pelo STF acima vistos, consoante se infere:

“A controvérsia acerca do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/2009, foi solucionada pelo Supremo Tribunal Federal em 25.03.2015 com a modulação dos efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade nº 4357 e nº 4425, de forma que, em resumo, i) até 29.06.2009 a atualização monetária dava-se pelos índices fornecidos pelos Tribunais e os juros de mora eram de 0,5% até 10.01.2003 e de 1% ao mês a partir de 11.01.2003; ii) de 30.06.2009 a 25.03.2015 a correção monetária deve ser realizada pela TR e os juros nos moldes da caderneta de poupança; iii) e, a partir de 25.03.2015 a atualização monetária deve ser feita pelo IPCA-E e os juros de mora nos termos da poupança. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para determinar que a correção monetária ocorra pela TR.” (TJMS - Agravo Regimental - Nº 0005765-22.2012.8.12.0001/50000. Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/06/2015; Data de registro: 27/06/2015; Outros números: 5765222012812000150000).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTES NAS CONDENAÇÕES DA FAZENDA PÚBLICA – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09 – ADI 4357/DF E ADI 4.425/DF – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE APÓS 25/03/2015 – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA E (ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL – JUROS MORATÓRIOS – ÍNDICES EQUIVALENTES AOS ÍNDICES OFICIAIS DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA – DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. Com relação ao índices de correção monetária e juros de mora a serem aplicados nas condenações impostas à Fazenda Pública, vê-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu a questão por ocasião do julgamento das ADI's n. 4.357 e 4.425, tendo sido naquela oportunidade (ADI n. 4.357) declarada a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei n. 11.960/09, a qual não faz distinção com relação à natureza das referidas condenações e, em 25/03/2015, o Min. Luiz Fux, nos autos da ADI n. 4357, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In casu, na vigência da nova redação do artigo 1º- F da Lei 9.494/97, ou seja, a partir de 29/06/2009 até 25/03/2015, deverão ser observados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a incidirem uma única vez, nos termos da referida lei e, a partir de 25/03/2015, o valor da condenação imposta à Fazenda Pública será corrigido monetariamente pelo IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial) e juros moratórios nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança, até o seu efetivo pagamento. (Embargos de declaração em Apelo 0001110-08.2012.8.12.0033. Relator(a): Juiz Jairo Roberto de Quadros; Comarca: Eldorado; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 18/08/2015; Data de registro: 19/08/2015; Outros números: 1110082012812003350000)

Diante do efeito vinculativo de decisão do STF, deve ser mantida a aplicação da regra prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97 até 25/03/2015, seja em relação aos juros, seja em relação à correção monetária, e a partir de 26/03/2015 a correção monetária deverá ser calculada com amparo no IPCA-E, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

Observando-se que a sentença já determinou que a correção monetária deve ser calculada com incidência do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), a partir da data do arbitramento, não há motivos para reforma da decisão nesse ponto.

Entretanto, em relação aos juros de mora, merece reforma a decisão vergastada, razão pela qual determino a incidência de juros, até o efetivo pagamento, dos índices aplicados à caderneta de poupança.

Ante ao exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, apenas para determinar a incidência de juros, até o efetivo pagamento, dos índices aplicados à caderneta de poupança.

Recurso de apelação interposto Alvaristo Bento do Carmo

Aduz o recorrente que o *quantum* indenizatório foi fixado muito aquém do mínimo necessário para se alcançar os princípios norteadores da imposição de indenização, eis que não amenizou, nem de perto e nem de longe, os danos sofridos pelo apelante, ante a dimensão do dano moral sofrido.

Conforme dito alhures, no presente caso é inconteste o imenso abalo extrapatrimonial experimentado pelo autor, eis que quando do último momento para se despedir do seu filho encontrou o corpo deste apodrecido no IML, não podendo fazer o velório e o sepultamento junto de seus familiares em sua cidade, razão pela qual hei por bem majorar o valor arbitrado a título de danos morais.

Assim, levando em conta a gravidade do ocorrido, e a condição econômica das partes, entendo que para a controvérsia examinada deve ser fixado o *quantum* de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

No tocante aos juros de mora, alega que, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, os juros de mora devem incidir desde a data do evento danoso, e não da data da sentença.

Assiste razão ao apelante nesse ponto.

Quando os autos versam sobre responsabilidade extracontratual por ato ilícito, em caso de condenação por danos morais, devem os juros de mora incidir desde o evento danoso, conforme inteligência da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

“Súmula 54

Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Portanto, sem mais delongas, reformo a sentença nesse ponto, para determinar a incidência de juros moratórios desde a data do evento danoso, ou seja, 24/01/2014.

Quanto ao pedido de aumento dos honorários advocatícios entendo que não lhe assiste razão.

A fixação dos honorários advocatícios deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que remunere adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto.

Esta também é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REDUÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL – POSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7 DO STJ NÃO APLICÁVEL NA HIPÓTESE DE EXORBITÂNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte, excepcionalmente quando manifestamente evidenciado que o arbitramento da verba honorária fez-se de modo irrisório ou exorbitante, tem entendido tratar-se de questão de direito, e não fática, repelindo a aplicação da Súmula 07/STJ.

2. *In casu*, consoante se infere das razões do recurso especial, a condenação em honorários importará na quantia aproximada de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), valor este considerado exorbitante levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, como a natureza da causa (ação movida para sustar protestos de dívida inexequível, na qual não houve condenação), o trabalho realizado pelos advogados e o nível de complexidade da causa.

3. *Forçoso concluir que a razoabilidade, aliada aos princípios da equidade e proporcionalidade, deve pautar o arbitramento dos honorários. Assim razoável a fixação de verba honorária no patamar de 1% sobre o valor atualizado da causa.*

4. *Agravo interno não provido.* (AgInt nos EDcl no AREsp 1140294/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 09/02/2018)

In casu, o arbitramento dos honorários de sucumbência em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação se mostrou acertado.

Dispõe o art. 85, § 2º do Código de Processo Civil:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Assim levando-se em conta o tempo de tramitação do feito (distribuído em maio de 2014), o valor da demanda (R\$50.000,00), o grau de zelo no trabalho desenvolvido, a valorização profissional, entendo que a quantia de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação seja suficiente para remunerar de forma digna o advogado e reconhecer o trabalho desenvolvido nos autos.

Em relação à sucumbência recíproca, assiste razão ao apelante, tendo em vista o enunciado da Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Súmula 326

Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Desta forma, afasto a condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Alvaristo Bento do Carmo, para determinar a incidência de juros moratórios desde a data do evento danoso, ou seja, 24/01/2014 e afastar a sucumbência recíproca, excluindo a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Ex positis, conheço em parte o recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, na parte conhecida, dou parcial provimento, apenas para determinar a incidência de juros nos índices aplicados à caderneta de poupança e dou parcial provimento ao recurso interposto por Alvaristo Bento do Carmo, para majorar o *quantum* indenizatório por danos morais para R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), determinar a incidência de juros moratórios desde a data do evento danoso, ou seja, 24/01/2014 e afastar a sucumbência recíproca, excluindo a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Por fim, condeno o Estado nos honorários advocatícios recursais, ao patrono do autor, em 5% sobre o valor atualizado da condenação para o patrono de cada parte adversa, conforme art. 85, § 11 do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso de Alvaristo Bento do Carmo, conheceram em parte do apelo do Estado de Mato Grosso do Sul e, nesta extensão, deram-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0805710-28.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA – PRELIMINAR DE INÉPCIA RECUSAL – AFASTADA – NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO TÍTULO – PRESCRIÇÃO AFASTADA – SENTENÇA REFORMADA – PRECEDENTES DO STJ – PRELIMINAR AFASTADA – APELO PROVIDO.

Não há que se falar em inépcia recursal quando o recurso fala acerca das razões para pleitear a modificação da sentença.

Nas relações jurídicas que versam pretensão de direito em face da Fazenda Pública, o artigo 1º do Decreto 20.910/32 instituiu o prazo prescricional de cinco anos, que se inicia a partir da data do ato ou do fato que deu origem ao dano discutido, logo, quando finda a liquidação, que é entendida como extensão da fase cognitiva. Precedentes.

O cumprimento individual de sentença coletiva, no qual se pretende a satisfação de interesses individuais homogêneos, demanda, necessariamente, fase prévia de liquidação com vistas à apuração do valor e da titularidade do crédito.

“(…). O lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação. 5. Hipótese em que se afasta a prescrição quinquenal. 6. Recurso especial provido” (REsp 543559-DF. Segunda Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon)

Prescrição afastada. Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 2º e 4º vogais, que negavam provimento. Julgamento nos moldes do art. 942 do CPC.

Campo Grande, 16 de outubro de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Nilza de Castro Vilela interpõe recurso de apelação em face sentença de f. 121-123 que, nos autos da ação de liquidação de sentença que promovem em face de que promove em face de Estado de Mato Grosso do Sul, julgou extinto o feito com resolução de mérito, acolhendo a preliminar de prescrição da ação, restando prejudicadas as demais arguições.

Em seu *decisum* objurgado o magistrado acolheu a preliminar de prescrição arguida pela parte ré, ora recorrida, entendendo que a parte ajuizou a demanda além do prazo de 05 (cinco) anos previsto ao caso.

Alega a parte autora, ora recorrente, que a sentença deve ser reformada tendo em vista que o prazo prescricional será iniciado a contar da data do ato, ou do fato que deu origem ao dano discutido, ou seja, o prazo quinquenal apenas poderá se iniciar quando a recorrida conseguir exercer, de fato, sua pretensão de cobrança da dívida da fazenda pública, o que ocorre com o trânsito em julgado da sentença.

Pugna pela reforma da sentença a fim de que a liquidação desta tenha seu regular prosseguimento por ser medida de justiça.

Intimado para apresentar contrarrazões o Estado alegou, em sede de preliminares, a inépcia recursal.

Quanto ao mérito, em suma, sustentou que a sentença deve permanecer posto que trata-se de sentença coletiva que se encontra acobertada pela prescrição como reconheceu o magistrado de piso, alegando que deve permanecer a decisão recorrida.

Manifestação do autor às f. 154-155, quanto à preliminar arguida em contrarrazões, pugnando pelo improvimento desta.

VOTO (EM 13/09/2018)

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por Nilza de Castro Vilela em face sentença de f. 121-123 que, nos autos da ação de liquidação de sentença que promovem em face de que promove em face de Estado de Mato Grosso do Sul, julgou extinto o feito com resolução de mérito, acolhendo a preliminar de prescrição da ação, restando prejudicadas as demais arguições.

Em seu *decisum* objurgado o magistrado acolheu a preliminar de prescrição arguida pela parte ré, ora recorrida, entendendo que a parte ajuizou a demanda além do prazo de 05 (cinco) anos previsto ao caso.

Alega a parte autora, ora recorrente, que a sentença deve ser reformada tendo em vista que o prazo prescricional será iniciado a contar da data do ato, ou do fato que deu origem ao dano discutido, ou seja, o prazo quinquenal apenas poderá se iniciar quando a recorrida conseguir exercer, de fato, sua pretensão de cobrança da dívida da Fazenda Pública, o que ocorre com o trânsito em julgado da sentença.

Pugna pela reforma da sentença a fim de que a liquidação desta tenha seu regular prosseguimento por ser medida de justiça.

Intimado para apresentar contrarrazões o Estado alegou, em sede de preliminares, a inépcia recursal.

Quanto ao mérito, em suma, sustentou que a sentença deve permanecer posto que trata-se de sentença coletiva que se encontra acobertada pela prescrição como reconheceu o magistrado de piso, alegando que deve permanecer a decisão recorrida.

Manifestação do autor às f. 154-155, quanto à preliminar arguida em contrarrazões, pugnando pelo improvimento desta.

É a síntese dos autos. Passo à análise.

Trata-se de ação de liquidação de sentença por arbitramento que a parte autora ingressou em face do Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de obter o valor correto decorrente dos prejuízos financeiros suportados quanto às taxas dos contratos, IOF e juros contratuais, incidentes nos empréstimos realizados nos anos de 2000 a 2003, garantidos pela sentença de procedência da Ação de Conhecimento que obteve o nº 0104161-78.2005.8.12.000 e ao apreciar o feito magistrado singular com fulcro no artigo 487, II, do CPC/15, julgou extinto o feito com resolução de mérito acolhendo a preliminar de prescrição da ação, restando prejudicada as demais arguições.

A questão a ser analisada *in casu* trata-se da existência ou não da prescrição no direito da parte em interpor a liquidação de sentença de contrato oriundo de ação coletiva objeto dos autos.

Preliminar de inépcia da peça recursal

Em primeiro lugar, convém examinar a preliminar de inépcia recursal, aventada em contrarrazões:

O apelado sustenta a inépcia do recurso de apelação ao afirmar que a apelante não enfrentou nenhum ponto da sentença, que não fosse a prescrição quinquenal, sem fundamentos que possam infirmar o MM. juízo sentenciante.

Assim, afirma que a petição recursal é inepta, por não apresentar “*razões que infirmem os argumentos, fundamentos e causa de decidir (...) impondo-se o seu indeferimento*” (f. 123).

Tenho que a preliminar não pode ser acolhida, pois o recurso rebate justamente a fundamentação da sentença, sustentando de forma suficiente as razões para demonstrar a sua irrisignação com a decisão de primeiro grau que acolheu a prescrição e julgou extinto o feito.

Logo, a conclusão lógica é a parte autora pedir a reforma da decisão e o regular processamento do feito.

Sendo assim, afasto a preliminar de inépcia recursal.

Mérito.

Pois bem. Convém aqui mencionar que há nas ações coletivas do próprio sistema regras particulares que ao tutelarem indiretamente direitos individuais homogêneos, viabilizam uma prestação jurisdicional de maior efetividade a toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

Assim, cabe ao particular, diante desta sentença genérica, proceder, posteriormente, à sua execução ou liquidação (art. 97, CDC), a qual se diferencia da execução comum, em razão de demandar ampla cognição para a individualização do direito do consumidor liquidante. Nesta linha de raciocínio, importa colacionar o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DE CONDENAÇÃO GENÉRICA CONTIDA EM SENTENÇA COLETIVA – PRECEDENTES – CÁLCULOS COMPLEXOS – INVIABILIDADE DE REEXAME EM RECURSO ESPECIAL – SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Na linha dos precedentes desta Corte, o cumprimento individual de sentença coletiva, no qual pleiteada a satisfação de interesses individuais homogêneos, demanda, necessariamente, fase prévia de liquidação com vistas à apuração não apenas do quantum debeatur (valor devido), como também da titularidade do crédito pleiteado (cui debeatur). 2. Tendo o Tribunal de origem entendido que o cumprimento da sentença coletiva depende, no caso, de cálculos complexos, não sendo possível aferir por simples cálculos aritméticos o quantum debeatur, a reversão do julgado demanda inevitavelmente o reexame do acervo probatório dos autos, o que, no entanto, é vedado

na via estreita do recurso especial, por esbarrar no óbice previsto no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 3. (...).” [AgInt no REsp 1606950 / MG, Agravo Interno no Recurso Especial 2016/0153619-2 Ministro Luis Felipe Salomão – Quarta Turma - DJe 07/10/2016] (Destaquei)

Desta forma, se a autora pretende executar individualmente o título judicial decorrente de ação coletiva, deve ingressar previamente com a liquidação para apuração do valor a que faz jus em razão do direito reconhecido na sentença coletiva, sob pena de extinção do feito.

No que pertine ao prazo prescricional da execução da ação de liquidação de sentença coletiva, importante destacar que o crédito que se pretende liquidar é oriundo de título judicial decorrente de ação coletiva, contudo, o crédito da presente demanda é individual eis que se refere à restituição das despesas e encargos contratuais de empréstimos financeiros, para o recebimento de salários em atraso, ocasião em que entendeu o magistrado em sua sentença objurgada que a data final para a liquidação pretendida era o dia 30 de maio de 2016 (segunda-feira) estando portanto acobertada pela prescrição tendo em vista que a sentença liquidanda foi prolatada nos Autos nº 0104161-78.2005 e transitou em julgado no dia 27 de maio de 2011 e no dia 27 de maio de 2016 foi ponto facultativo no judiciário, passando-se para o dia 30/05/2011 o termo limite conforme entendimento do magistrado *a quo*.

Na referida sentença o magistrado declara que a data final correta para o pedido de liquidação de sentença exposto nestes autos deveria ser em 27 de maio de 2016, senão vejamos (f. 315-316, *in verbis*):

“Pretende a parte autora a liquidação de valores que entende devidos oriundos da Sentença de Procedência da ação que tramitou sob o nº 0104161-78.2005. Nesta sentença, transitada em julgado no dia 27 de maio de 2011, o Estado de MS foi condenado à restituição de valores referente aos custos das operações bancárias, consistentes nas taxas de contratos, IOF e juros contratuais, incidentes nos empréstimos realizados pelos servidores estaduais ativos e inativos do grupo magistério nos anos de 2000 a 2003, com finalidade de recebimento de salários e 13º atrasados.

Entretanto, a data final para pedido de liquidação com fulcro na sentença descrita acima, foi o dia 27 de maio de 2016, tendo em vista o prazo prescricional de 5 anos previsto no artigo 202, § 5º do CC. Diante disso, tendo a sentença que a parte autora pretende liquidar transitado em julgado na data de 27 de maio de 2011, a data final para seu pedido de liquidação deveria ter sido feito até o dia 27 de maio de 2016, porém, a inicial somente foi protocolizada no dia 30 de outubro de 2017, estando, assim, prescrita a pretensão da parte autora.

O novo Código de Processo Civil, trás em seu artigo 354 a disposição de que “ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença”. Já o artigo 487, II, dispõe que: “Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II: decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência da decadência ou prescrição”.

A respeito do artigo citado em linhas pretéritas, os doutrinadores renomados no assunto, Tereza Wambier, Fredie Didier, Eduardo Talamine e Bruno Dantas, dispuseram em sua obra “Breves Comentários ao Código de Processo Civil”, Ed. RT, pag. 1221 que: “O artigo 487 do NCPC prevê três hipóteses de julgamento de mérito, das quais apenas duas, descritas nos incisos I e II, configuram realmente pronunciamento desta natureza. Só se decide sobre o mérito propriamente dito se o pedido é acolhido ou rejeitado, ou seja, se efetivamente for afirmada ou negada a existência do direito material. A sentença de improcedência também pode decorrer da perda do direito material ou da pretensão pelo decurso de tempo (da decadência e da prescrição). Em síntese, sentença de mérito é aquela que resolve controvérsia de direito material descrita na inicial, acolhendo ou rejeitando o

pedido do autor, porque amparado ou não pelo direito material. Ao fazê-lo, o juiz substitui a atividade primária das partes e impõe a vontade concreta da lei à situação litigiosa. Diz se o autor é, ou não, titular do interesse protegido no plano substancial. A resposta ao pedido de tutela jurisdicional por ele formulado constitui a sentença de mérito, cujo principal efeito é colocar fim à crise de direito material trazida ao processo.”

A seu turno, o artigo 332 do CPC/2015, trás a inovação chamada de “improcedência liminar do pedido do autor”, descrevendo em seu caput e § 1º o seguinte:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I enunciado de súmula do STF ou do STJ;

II acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos;

III entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência da decadência ou da prescrição.

Na obra “Breves Comentários ao Código de Processo Civil”, os renomados doutrinadores já citados acima, afirmam que:

“A disposição do reconhecimento da decadência e da prescrição como causas de julgamento liminar do pedido foi acertada, justamente por tratar-se de institutos ligados ao meritum causae e, não, propriamente à forma da demanda”.

Diante de todo o exposto, com fulcro no artigo 332, § 1º c/c artigo 354, indefiro, desde logo, a inicial e julgo extinto o feito com resolução de mérito. Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais, porém, suspendo a exigibilidade desta verba nos termos da Lei 1060/50. Publique-se, registre-se e intimem-se. Após o trânsito em julgado, archive-se.” (f. 121-123)

Contudo, insta esclarecer que o fato de que a liquidação é ainda fase do processo de cognição, naturalmente só terá início a execução se o título certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento estiver também líquido.

Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO COLETIVA – EXECUÇÃO INDIVIDUAL – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL DO PRAZO – LIQUIDAÇÃO – INOVAÇÃO RECURSAL – NÃO CABIMENTO. 1. A liquidação é fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar-se a execução se o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, estiver também líquido. Precedentes. 2. Na origem, inexistiu discussão quanto à necessidade ou não de simples cálculo aritmético para a apuração do valor executado, tampouco da repercussão da entrega de planilhas para a contagem do prazo prescricional. Além disso, os precedentes citados pela agravante não guardam relação com o caso e, por fim, essa tese não é estabelecida no recurso especial. Assim, carecem de qualquer sentido as alegações trazidas pela União no presente recurso. 3. Também não consta do apelo nobre a alegação de que o protesto interruptivo, apresentado pelo SINDISPREV/RS, não aproveita aos servidores beneficiados pelo título

executivo. Tendo surgido apenas neste agravo interno, a matéria configura inovação recursal, descabendo o seu exame neste momento do processo. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no AREsp 316478 / PR, Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial 2013/0078593-3 - Ministra Diva Malerbi – Segunda Turma - DJe 23/08/2016). Destaquei

Não se aplica *in casu* o verbete previsto na Súmula 150 do STF, a qual afirma que “*prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*”, uma vez que esta dar-se-ia apenas se o título judicial se apresentasse líquido e certo.

Nas relações jurídicas que versam pretensão de direito em face da fazenda pública, o artigo 1º do Decreto 20.910/32 instituiu o prazo prescricional de cinco anos, o qual deve ser obedecido em atenção ao princípio da especialidade.

Nesta linha de raciocínio, impende destacar o disposto em referido artigo:

“Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

Infere-se, portanto, que o prazo prescricional se inicia a partir da data do ato ou do fato que deu origem ao dano discutido. Sob o ponto de vista jurídico e fático, o prazo quinquenal apenas pode se iniciar quando o cidadão puder exercer, de fato, sua pretensão de cobrança da dívida da Fazenda Pública, o que ocorreu com o trânsito em julgado da sentença.

O entendimento exposto na sentença objurgada é de que a sentença coletiva teria transitado em julgado em 30 de maio de 2016, e a liquidação foi distribuída em 30 de outubro de 2017, ou seja, após o prazo de cinco anos que daria ensejo à prescrição do título judicial.

Ocorre que tal entendimento vai de frente ao entendimento externado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que define que o lapso prescricional para a execução da sentença contra a fazenda pública só tem início quando finda a liquidação, que é fase do processo de conhecimento, conforme se vê dos seguintes julgados:

*“PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – INCIDENTE DE LIQUIDAÇÃO – PRESCRIÇÃO. 1. A ação de execução prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento, nos termos da Súmula 150/STF. 2. Sentença que condenou a Fazenda Nacional a repetir indébito transitada em julgada, mas só executada depois de cinco anos. 3. Doutrina e jurisprudência têm entendido que a liquidação é ainda fase do processo de cognição, só sendo possível se iniciar a execução quando o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, apresenta-se também líquido. 4. O lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação. 5. **Hipótese em que se afasta a prescrição quinquenal.** 6. Recurso especial provido” (REsp 543559-DF. Segunda Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgamento 14.12.2004) (grifo nosso).*

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – [...] (II) ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA DE SENTENÇA NÃO CARACTERIZADA – CONDENAÇÃO ILÍQUIDA, NESTE CASO. NECESSIDADE DE ACERTAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR – PRECEDENTES DO STJ – [...] AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É tese jurídica assentada entre os doutrinadores processualistas contemporâneos, e confirmada pelas lições da jurisprudência dos Tribunais, que a liquidação de decisão

judicial (ilíquida) se integra na fase cognitiva do processo, entendendo-se que este (o processo) somente se encerra quando se dá o acerto do valor da obrigação que a sua decisão impôs à parte sucumbente. Precedentes: AgRg no Ag 1.418.380/RS, Rel. Min Arnaldo Esteves Lima, DJe 2.2.2012; AgRg no REsp. 1.212.018/DF, Rel. Minº Humberto Martins, DJe 13.9.2011 e REsp. 1.103.716/PR Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 14.6.2010. 2. A Corte de origem afirmou, categoricamente, que não houve a mínima inércia dos exequentes, mas, sim, que a parte recorrente procurou, ao máximo, protelar o andamento do feito, uma vez que, comprovadamente, lançou mão de todos os expedientes possíveis com o intuito de impedir aos recorridos que tivessem as informações necessárias para o fim da liquidação e início da execução; ademais, não se pode descartar que o Estado do Rio de Janeiro, sucumbente, deveria ter cumprido a decisão condenatória de ofício ou, pelo menos, providenciado a sua liquidação. Dessa forma, a alteração de tais fundamentos, como se sabe, esbarraria no óbice da Súmula 7/STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de provas não enseja Recurso Especial. [...] 4. Agravo Regimental a que se nega provimento” (AgRg no AREsp 664.993/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 31/03/2016) (grifei)

Veja-se que de acordo com a jurisprudência da Corte Superior de Justiça sendo a liquidação de sentença parte integrante do processo de conhecimento, o entendimento desta Corte é de que este processo se encerra apenas com o “valor certo” a ser liquidado, obrigando o devedor a cumprir referido valor.

Importa colacionar recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – BRASIL TELECOM – CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO – INEXISTÊNCIA.

1. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos (art. 95 do CDC) será, em regra, genérica, dependendo, assim, de superveniente liquidação, não apenas para simples apuração do quantum debeatur, mas também para aferição da titularidade do crédito (art. 97, CDC). Precedentes. 2. A sentença proferida nos autos da ação coletiva 96.0025111-8/MS determinou que, no prazo de noventa dias contados da intimação da sentença, a companhia telefônica procedesse à retribuição acionária dos valores pagos pelos consumidores que aderiram ao programa comunitário de telefonia. Transcorrido o prazo estabelecido na sentença e não cumprida a obrigação de fazer, nasce para o consumidor a pretensão de promover o cumprimento forçado da sentença coletiva, mediante a liquidação do julgado, e começa a correr o prazo prescricional quinquenal. 3. Verificado que o pedido de cumprimento de sentença foi apresentado após o prazo prescricional quinquenal, a Corte local extinguiu o feito reconhecendo o implemento da prescrição executória, o que se coaduna com o entendimento do STJ. 4. Sendo o título ilíquido, o prazo prescricional para a propositura da demanda executiva inicia-se somente após a liquidação da sentença, momento em que não mais se discute a sua certeza e liquidez. Precedentes. 5. Agravo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 283558/MS, STJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 22/05/2014) (g.n)

Assim, não há falar em escoamento do prazo prescricional, como constou na sentença, devendo prosseguir a liquidação e a subsequente execução da sentença, conforme entendimento adotado pela Corte Superior de Justiça.

Por todo o exposto, rechaço a preliminar de inépcia recursal e dou provimento ao recurso para afastar a prescrição.

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (2º Vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Nilza de Castro Vilela contra a sentença de f. 121-3, proferida nos autos da liquidação de sentença por ela ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul, que indeferiu a inicial e julgou extinto o feito pelo reconhecimento da prescrição.

O Desembargador Relator João Maria Lós deu provimento ao recurso para afastar o instituto da prescrição e determinar o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento.

Ouso discordar do eminente relator.

A hipótese dos autos, ainda que em um primeiro momento pareça assemelhar-se aquelas já decididas nesta câmara, relatadas pelo eminente Des. João Maria Lós, cujos votos acompanhei no tocante ao instituto da prescrição, afigura-se diferente na medida em que diz respeito à ocorrência da prescrição no tocante ao procedimento de liquidação e não da própria lide executiva.

Nessa senda, não se pode perder de vista que o juízo singular extinguiu o procedimento de liquidação sob o fundamento de que entre a data do trânsito em julgado da sentença coletiva (27 de maio de 2011) e aquela em que foi ajuizada a presente liquidação (30 de outubro de 2017), já havia transcorrido o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no art. 202, § 5º, do CC.

Ressalta-se que o prazo prescricional de 05 (cinco) anos incidente na hipótese é afeto à própria liquidação de sentença e não ao posterior cumprimento de sentença, na forma como anteriormente já anotado.

Assim, ainda que se tenha como certo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao cômputo do prazo prescricional da lide executiva somente após a efetiva liquidação da sentença coletiva, em conformidade com os precedentes juntados pelo Des. Relator, certo é que, aqui, sequer a apelante intentou a efetiva liquidação dentro do prazo legal estabelecido para a própria execução.

Permitir que o prazo prescricional não seja computado entre o trânsito da sentença e o início da liquidação, seria o mesmo que afirmar que a instauração da respectiva liquidação seria imprescritível, o que não se pode conceber.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL – OCORRÊNCIA – PRECEDENTES (STJ: Resp nº 587503, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 27.11.2006; TRF3: AC nº 2005.61.00.029433-0, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, DJU 09.04.2008; AC 200161020016365-SP, Rel. Des. Federal Mairan Maia, DJU Data:11/03/2005 Página: 326; AC 200461000206101-SP, Rel. Des. Federal Lazarano Neto, DJU Data:07/04/2008 Página: 430). Apelação improvida. (TRF-3 – AC: 3033 SP 2007.61.00.003033-4, Rel. Des. Federal Salette Nascimento, Data julgamento 26.02.09, 4ª Turma).

De outro norte, convém anotar trecho constante do precedente indicado no voto da lavra do Des. Relator (AgRg no AREsp 664.993/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15.03.2016, DJe 31/03/2016), que no item 2 do julgado é expreso:

“(...) A Corte de origem afirmou, categoricamente, que não houve a mínima inércia dos exequentes, mas sim, que a parte recorrente procurou, ao máximo, protelar o andamento do feito, uma vez que, comprovadamente, lançou mão de todos os expedientes possíveis com o intuito de impedir aos recorridos que tivessem as informações necessárias para o fim da liquidação e início da execução (...)”.

No caso em tela, o que se verifica é exatamente o contrário, na medida em que o que se observa é a inércia da liquidante, que deixou transcorrer o lapso prescricional para o ajuizamento da respectiva liquidação.

Veja-se que sequer aduziu que buscou documentar-se para a liquidação e nisto não obteve êxito.

Ao contrário, afirmou que os cálculos poderiam ser realizados a partir de holerites, – que sabidamente é disponibilizado aos servidores públicos mensalmente –, e mesmo através de informes de rendimentos para fins de imposto de renda, que também não negou ter recebido no tempo e modo devidos, tanto que bem poderia, também, ter anexado aos autos cópias da declaração de imposto de renda que prestou à época.

Diante disto, resta comprovada a efetiva inércia da apelante quanto à liquidação da sentença, por tempo superior ao prazo prescricional da própria execução, o que leva à sua extinção, como decidido pelo Juízo de origem.

Isto posto, nego provimento ao recurso e mantenho inalterada a sentença que acolheu a prescrição.

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, que negava provimento. Assim a conclusão de julgamento fica adiada, em razão da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 13/09/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (3º vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Nilza de Castro Vilela contra a sentença proferida nos autos da liquidação de sentença que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Na sessão de 13.9.18 o relator acompanhado da 1ª vogal deram provimento ao recurso, enquanto o 2º vogal negou provimento. O feito foi submetido a técnica do art. 942 do CPC¹.

Acompanho o voto do desembargador relator para dar provimento ao recurso e afastar a prescrição.

No caso presente, o autor pretende a liquidação de valores que entende devidos oriundos da Sentença de Procedência da ação que tramitou sob o nº 0104161-78.2005.

Nesta sentença proferida nos autos da ação coletiva proposta pela FETEMS – Federação dos Trabalhadores em Educação do Estado de MS-, transitada em julgado no dia 27 de maio de 2011, condenou o Estado de Mato Grosso do Sul à restituição de valores referente aos custos das operações bancárias, consistentes nas taxas de contratos, IOF e juros contratuais, incidentes nos empréstimos realizados pelos servidores estaduais ativos e inativos do grupo magistério nos anos de 2000 a 2003, com finalidade de recebimento de salários e 13º atrasados.

¹ Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Importante destacar que o crédito que se pretende liquidar é oriundo de título judicial decorrente de ação coletiva, contudo, o crédito da presente demanda é individual.

Com efeito, conforme ressaltado pelo relator, há nas ações coletivas regras particulares que ao tutelarem indiretamente direitos individuais homogêneos, viabilizam uma prestação jurisdicional de maior efetividade a toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

Assim, cabe ao particular, diante desta sentença genérica, proceder, posteriormente, à sua execução ou liquidação, a qual se diferencia da execução comum, em razão de demandar ampla cognição para a individualização do direito do consumidor liquidante.

Não obstante o acolhimento da prescrição pelo magistrado, verifico que a sentença merece reforma.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada no sentido de que a liquidação é fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar-se a execução se o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, estiver também líquido.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA EM FACE DE AÇÃO COLETIVA – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO – SÚMULA 284/STF – APRECIÇÃO DE SUPOSTA AFRONTA A ENUNCIADO SUMULAR – NÃO INCLUSÃO NA EXPRESSÃO “LEI FEDERAL” – DESCABIMENTO – REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO – SÚMULA 7/STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – ALÍNEA “C” – NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou (f. 210-211, e-STJ): “não há falar em contrariedade à coisa julgada, pois o juízo a quo proferiu decisão em conformidade com o conteúdo constante da sentença coletiva, pois, em razão da ausência dos contratos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, utilizou parâmetros para os encargos financeiros cobrados indicados naquela demanda”.

2. Não se conhece de recurso especial em relação à ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

3. No mérito, infere-se das razões do recurso especial que o recorrente deixou de estabelecer, com a precisão necessária, como os dispositivos de lei federal indicados teriam sido violados, atraindo, novamente, a incidência da Súmula 284/STF.

4. No tocante à violação da Súmula 150/STF, esclareço que o apelo nobre não constitui via adequada para a análise de eventual contrariedade a enunciado sumular, por não estar este compreendido na expressão “lei federal” constante da alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

5. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada no sentido de que a liquidação é fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar-se a execução se o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, estiver também líquido. A propósito: EDcl no AgRg no AREsp 628.770/PR, Rel. Ministro Og Fernandes,

Segunda Turma, DJe 27.9.2017; AgInt no REsp 1.648.531/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 21.11.2017; AgInt nos Dcl no AREsp 316.478/PR, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 23.8.2016.²

Desta forma, de acordo com o entendimento da Corte Superior, sendo o título ilíquido, o prazo prescricional inicia-se somente após a liquidação da sentença momento em que não mais se discute a sua certeza e liquidez.

Outrossim, em outras oportunidades já acompanhei o entendimento do relator em demandas semelhantes (0838918-37.2017.8.12.0001 julgado em 13.8.2018; 0840289-36.2017.8.12.0001 julgado em 3.7.2018; 0824479-55.2016.8.12.0001 julgado em 15.5.2018; 0840292-88.2017.8.12.0001 julgado em 8.5.2018; 0840290-21.2017.8.12.0001 julgado em 10.4.2018)

Ante o exposto, em cumprimento ao disposto no artigo 942 do CPC, acompanho o voto do relator para dar provimento ao recurso e afastar a prescrição.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (4º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 2º e 4º vogais, que negavam provimento. Julgamento nos moldes do art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 16 de outubro de 2018.

² REsp 1732723/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/05/2018, DJe 02/08/2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0016685-57.2009.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA – NOVAÇÃO E MORATÓRIA – NÃO OCORRÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER COMO FIADORES OS GARANTIDORES SOLIDÁRIOS – ACOLHIDA – DA ALEGADA OMISSÃO ACERCA DA COMPENSAÇÃO DE VALORES – INEXISTÊNCIA – SENTENÇA QUE FUNDAMENTOU OS PARÂMETROS PARA COMPENSAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DOS VALORES DIVERSOS AOS RECONHECIDOS NA SENTENÇA – ÔNUS DE PROVAR DO APELANTE – CHEQUES DEVOLVIDOS SEM PROVISÃO DE FUNDOS – REVOGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA – IMPOSSIBILIDADE – QUANTIA RECEBIDA POR COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA – O QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO FINANCEIRA DA PARTE – DOS FATOS NOVOS – RECONHECIMENTO DO VALOR PAGO PELO APELANTE EM ESFERA CRIMINAL – POSSIBILIDADE – STJ – HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os documentos acostados aos autos não deixam dúvidas de que os apelantes são devedores solidários da dívida assumida. Isso porque o aval só se aplica aos títulos cambiários, sendo exclusivo desses, e possuem solidariedade presumida, enquanto a garantia solidária é aplicada exclusivamente em contratos bancários, como é o caso dos autos. Assim, quando o avalista da nota promissória assina em contrato junto ao devedor, ele estará se obrigando à totalidade da dívida e não ao que se expressa na nota promissória. Há de se ressaltar que, em relação à matéria posta, o STJ já firmou entendimento no sentido de que o garante solidário não se confunde com o avalista ou fiador.

Foi especificado na fundamentação da sentença os parâmetros para compensação da dívida, quais sejam, de que os recibos que totalizam 107.706,00 (cento e sete mil, setecentos e seis reais) são válidos como pagamento da dívida referente às sacas de soja e que deverá ser descontado da totalidade, nas suas respectivas datas de emissão.

Conforme evidenciado na narrativa dos fatos, tenho que a parte apelada logrou êxito em comprovar suas alegações, pois ao ser intimada para especificar provas acerca dos fatos, compareceu aos autos e confirmou que todas as lâminas de cheque trazidas foram devolvidas por insuficiência de fundos e, junto a isso, acostou cinco lâminas de cheques devolvidos pelas alíneas 11 e 12, que referem-se a cheques sem provisão de fundos, dentre esses, estão os cheques cujas cópias foram juntadas pelos apelantes para comprovação de pagamento. Assim, o ônus da prova recaiu sobre os apelantes e estes não fizeram qualquer demonstração que evidenciasse que os cheques foram descontados.

O apelante, sendo credor do apelado de R\$ 498.000,00 (quatrocentos e noventa e oito mil reais) e ao mesmo tempo, devedor deste de 15.554 sacas de soja, o valor já recebido e determinado na sentença como crédito, não se trata de ganho em prol do apelado e sim da compensação de dívidas, visto que ambos são devedores. Portanto, o que se observa, no caso, é que o apelado, embora tenha recebido quantia de dinheiro mediante recibo e a sentença lhe conferido um crédito de 23.331 sacas de soja, tais quantias tratam-se de compensação de dívida, por isso, não tem o condão de afastar a benesse concedida ao autor, visto que não altera sua situação econômica.

A respeito dos fatos novos, os pagamentos foram realizados após a finalização da instrução na ação monitória, bem como a extinção da punibilidade do apelante só foi reconhecida após a sentença na esfera cível, razão pela qual é possível a análise dos novos fatos trazidos aos autos, conforme dispõe o art. 1.014, do Código de Processo Civil.

O STJ já reconheceu não haver óbices para que o juízo cível fundamente a decisão em provas colhidas na seara penal, desde que observado o devido processo legal. Portanto, comprovados os pagamentos em esfera criminal que totalizam R\$ 319.923,00 (trezentos e dezenove mil e novecentos e vinte e três reais), estes devem ser reconhecidos e somados aos valores anteriormente reconhecidos, a fim de que sejam abatidos do valor da condenação.

No tocante aos honorários recursais, em atenção aos critérios descritos nos incisos I e IV do artigo 85, § 2º, fixo os honorários advocatícios recursais em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação em favor dos patronos do apelado, em vista deste ter decaído em parte mínima do pedido. Em relação ao autor, mantém-se a exigência de tais verbas condicionada ao implemento do § 2º do art. 11 e 12 da Lei 1.060/50 (assistência judiciária gratuita), provando-se em cinco anos a cessação da hipossuficiência financeira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com declaração de voto do Des. Rasslan.

Campo Grande, 6 de novembro de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Abdias Aparecido de Paula e outros, recorrem da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação monitória manejada em seu desfavor por Osmar de Freitas Matos, para condenar os requeridos a entregarem ao requerente, no prazo de quinze dias, a quantidade de 23.331 (vinte e três mil, trezentos e trinta e uma) sacas de soja de 60kg cada, com as características constantes do instrumento de confissão de dívida; condenar os requeridos ao pagamento de 88% (oitenta e oito por cento) das custas processuais e o mesmo percentual a título de honorários advocatícios aos advogados do requerente e condenar o requerente ao pagamento de 12% (doze por cento) das custas processuais e o mesmo percentual a título de honorários aos advogados dos requeridos. Fixou os honorários em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Alega que a magistrada, na sentença, entendeu que não se pode admitir que os requeridos Evandro José Del Pozzo, Rosele Espíndola Barros Del Pozzo e Hélio Cazarin Vieira tenham figurado no contrato como fiadores, em que pesem as ementas de julgados do STJ, colacionados na sentença, aduz que são relativas a outras situações envolvendo “interveniente garantidor solidário”, ou seja, nos julgados citados para embasar a decisão judicial de primeiro grau, os garantidores assumiram expressamente essa condição e queriam ser equiparados avalistas ou fiadores, o que não é o caso dos autos, visto que por impropriedade técnica de quem formulou o contrato, foram nomeados como avalistas e pleiteiam pela aplicação das regras da fiança – e não do aval – bastando a mudança de nomenclatura para a adequação.

Sustenta que de qualquer forma, sendo estes tratados como avalistas, fiadores ou garantidores solidários, é aplicável ao caso a norma do artigo 844, § 3º, do Código Civil, pois houve a novação e moratória, os quais já vem sendo esclarecidos pelos requeridos desde o oferecimento dos embargos monitórios; inobstante a existência de elementos extintivos da obrigação de “garantia”, a sentença limitou-se a dizer que os requeridos não são avalistas ou fiadores e sim “devedores solidários”, sem, contudo, resolver a questão da novação, da moratória e da destruição do direito de regresso, o que cabe a este E. Tribunal de Justiça.

Ainda, narra que a sentença reconheceu o pagamento de apenas R\$ 107.796,00 (cento e sete mil, setecentos e noventa e seis reais), baseados na confirmação do autor referente ao recebimento dos valores constantes nos recibos apresentados. Contudo, a sentença excluiu os pagamentos relativos a outros recibos, que totalizam a quantia de R\$ 124.989,95 (cento e vinte e quatro mil, novecentos e oitenta e nove reais e noventa e cinco centavos). Afirma que não há justificativa para excluir os recibos de tais pagamentos, vez que, diferente do que consta na sentença, cabe ao devedor exibir a comprovação de pagamento.

Alega, ainda, que a sentença não reconheceu a nota promissória no valor de R\$ 498.000,00 (quatrocentos e noventa e oito mil reais), como apta a demonstrar a compensação de dívidas, sob o argumento de que não houve comprovação de que a nota promissória foi recebida para compensação da dívida contratual, o que não merece prosperar.

Aduz que a sentença não estipulou parâmetros para o abatimento do valor reconhecido em sacas de soja, pois ainda que tenha determinado o desconto de valores nas datas dos respectivos recibos, não especificou parâmetros que possibilitem a sua compensação de valores pagos com a coisa – saca de soja – que deve ser entregue, razão pela qual pleiteia pela reforma da sentença.

Finalmente, sustenta que a sentença condenou o autor ao pagamento de honorários em razão da sucumbência em parte dos pedidos iniciais e também suspendeu a exigibilidade em razão de concessão de gratuidade judiciária, contudo, em que pese o deferimento da gratuidade em favor do autor, este não preenche mais os requisitos para usufruir tal benefício, ante os valores já recebidos e do crédito a receber, motivo pelo que deve ser revogada.

Conta que faz-se necessário trazer a conhecimento, novos fatos ocorridos após o encerramento da instrução processual em primeiro grau, visto que para cumprimento do acordo entabulado com o Ministério Público Estadual, restam comprovados os pagamentos que totalizam mais de R\$ 319.923,00 (trezentos e dezenove mil e novecentos e vinte e três reais), estes devem ser reconhecidos em julgamento desta Câmara e somados aos valores anteriormente expostos, a fim de que todos sejam abatidos do valor da condenação.

Por fim, requer o provimento do recurso para anular ou reformar a sentença para que seja conhecida a novação, moratória e a destruição do direito de regresso, bem como excluir os fiadores-avalistas-garantidores da obrigação; reconhecer o pagamento de R\$ 232.785,95, sendo R\$ 107.796,00 referentes aos recibos anexados e R\$ 124.989,95 referente aos recibos e cheques também anexados aos autos, determinando o seu abatimento do valor das sacas de soja; reconhecer o abatimento do valor da nota promissória de R\$ 498.000,00, no valor das sacas de soja objeto da condenação; definir como o abatimento deve ser realizado, estabelecendo como parâmetro o valor da saca de soja na data do vencimento do contrato ou o valor da saca da soja nas datas dos respectivos recibos de pagamento; revogar a gratuidade da justiça concedida outrora ao apelado; julgar os novos fatos ocorridos após a sentença, reconhecendo o pagamento no valor de R\$ 319.923,00 a ser somado aos pagamentos anteriores; redistribuir a condenação ao pagamento de sucumbência conforme o provimento desta apelação, bem como condenar o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios recursais.

Contrarrazões às f. 707-712, pelo improvimento do apelo.

VOTO (30/10/2018)

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Devido à complexidade dos autos, faz-se necessário uma minuciosa narrativa acerca dos fatos. Cuida-se de ação monitória ajuizada pela parte requerente em face da parte requerida – ora apelante. Na petição inicial, o demandante alegou que firmou instrumento de contrato particular de confissão de dívida com o primeiro requerido, na data de 26 de outubro de 2007, avalizado pelos demais requeridos e no qual restou pactuado o pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), na data de 30 de novembro de 2007 e de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), na data de 30 de março de 2008, bem como a entrega de 50 (cinquenta) bezerros de desmama; 23.331 (vinte e três mil trezentos e trinta e uma) sacas de soja de 60 kg cada uma, em três parcelas iguais de 7.777 sacas cada, com vencimento da primeira em 30 de março de 2008, da segunda em 30 de março de 2009 e da terceira em 30 de março de 2010, cujos percentuais de tolerância admitidos seriam apurados no ato da entrega, observado o limite de 14% de umidade, 1% de impurezas, 6% de ardidos e 6% de avariados.

O contrato foi cumprido apenas em parte pelo primeiro requerido, eis que este deixou de entregar as sacas de soja referentes à primeira e segunda parcelas – até a data da sentença – isto porque estava sendo alvo de inúmeras ações judiciais e se desfazendo de seus bens. Assim, findou pleiteando a procedência do pedido para a constituição de pleno direito do título executivo judicial.

Os requeridos, ora apelantes, foram citados e opuseram embargos monitórios (f. 55-72), alegando, em suma, que o contrato de confissão de dívida que instrui a monitória foi cumprido integralmente e que nada mais, em relação à dívida nele confessada pelo primeiro requerido, é devido ao requerente.

Ato contínuo, o requerente apresentou impugnação aos embargos monitórios (f. 100-108), negando ter recebido integralmente o contrato de que trata estes autos. Pela petição de f. 110-111, o requerente pleiteou a conversão do mandado inicial em mandado executivo em relação aos requeridos José Macário Pereira de Souza e Mercedes Aparecida de Souza, porquanto, deixaram de ofertar embargos, o que foi indeferido conforme decisão de f. 112-113, que determinou também que as partes especificassem provas e assim o fizeram por meio das petições de f. 116-117 (requerente) e f. 130 (requeridos).

Os requeridos juntaram, por meio da petição de f. 127 a nota promissória no valor de R\$ 498.000,00 (quatrocentos e noventa e oito mil reais), que se vê à f. 128 e, segundo alegaram, foi emitida pelo requerente em favor do primeiro requerido e se encontrava em poder deste, a qual foi utilizada para compensação da dívida dos requeridos referente à segunda e terceira parcelas do produto, qual seja, sacas de soja, confessada no instrumento objeto desta monitória.

Em relação à esta nota promissória juntada, o requerente arguiu incidente de falsidade (f. 136-138), com manifestação dos requeridos, a respeito nas f. 142-145.

Pela decisão de f. 151-152, o juízo de primeiro grau deixou de admitir, como meio hábil de prova, referida nota promissória, tendo os requeridos interposto agravo de instrumento (f. 156-168), pretendendo a reforma de referida decisão, para que o título pudesse ser admitido como prova da compensação outrora alegada.

Na data designada para a audiência de instrução e julgamento, os requeridos requereram a juntada da petição e documentos que se encontraram às f. 193-194 e 195-198, o que foi deferido e sobre os quais o requerente se manifestou (f. 211-214). Em audiência realizada no dia 23 de julho de 2013 (f. 257), o requerido apresentou razões finais remissivas, fazendo remissão à petição de f. 211-214 e foi facultado aos requeridos a apresentação de memoriais finais, onde houve reconhecimento, em suma, da existência de um resíduo no valor de R\$ 62.204,00 (sessenta e dois, mil duzentos e quatro reais) a serem pagos em relação ao instrumento de confissão de dívida de que trata a monitória.

Este Egrégio Tribunal de Justiça, deu provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pelos requeridos, admitindo *“como meio hábil de prova, o documento de f. 117, possibilitando eventual realização de perícia, visando comprovar sua originalidade”* (f. 311-324).

Assim, pela decisão de f. 332-333, foi determinado a autuação, em apartado, como incidente de falsidade, da petição de f. 136-138 e documento de f. 128, com a suspensão dos autos. Após, o requerente desistiu do incidente de falsidade (f. 337-340) e alegou que por não estarem preenchidas as datas de emissão e de vencimento da nota promissória de f. 128, não poderia esta ser admitida como título exigível e por consequência como instrumento para operar-se a compensação de dívidas, eis que somente assim se viabiliza em caso de dívidas vencidas. O incidente de falsidade foi extinto, conforme sentença juntada por cópia às f. 341.

Adveio a sentença, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na petição inicial da ação monitória que Osmar de Freitas Matos move contra Abdias Aparecido de Paula, Hélio Cazarin Vieira, Evandro J. Del Pozzo, Rosele Espíndola Barros Del Pozzo, José Macário Pereira de Souza e Mercedes Aparecida de Souza,

“(...) para o fim de condenar os requeridos, ora apelantes, a entregar ao autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a quantidade de 23.331 (vinte e três mil, trezentos e trinta e uma) sacas de soja de 60 kg cada uma, com as características constantes do instrumento de confissão de dívida de f. 10-11, ou seja, até 14% de umidade, até 01% de impurezas na peneira de 3.5 mm (matéria estranha), 06% de ardidos e 06% de avariados, descontando-se dessa totalidade o correspondente aos valores constantes nos recibos de pp. 195, 198-205, nas respectivas datas de emissão desses documentos.” (f. 356)

Ainda, constituiu, de pleno direito e nos termos da sentença, o título executivo judicial e em relação aos honorários, assim decidiu:

“No presente caso houve sucumbência recíproca, tendo os requeridos decaído de 88% (oitenta e oito por cento), aproximadamente, do pedido inicial e, por consequência, o requerente sucumbiu em 12% (doze por cento), aproximadamente, desse pedido. Assim, condeno os requeridos ao pagamento de 88% (oitenta e oito por cento) das custas processuais, e o mesmo percentual a título de honorários advocatícios aos advogados do requerente sobre o quantum a seguir fixado, e condeno o requerente ao pagamento de 12% (doze por cento) das custas processuais, e o mesmo percentual a título de honorários advocatícios ao(s) advogado(s) dos requeridos sobre o quantum a seguir fixado. Fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, considerando o grau de zelo do trabalho realizado pelo(s) advogado(s) das partes, o local da prestação do serviço, a singeleza da matéria, o tempo decorrido desde a distribuição da ação, e a ampla produção de provas, inclusive em audiência (CPC, § 2º, I a IV, do art.85). Em relação ao requerente, por ser beneficiário da justiça gratuita (p. 19), determino a suspensão das obrigações decorrentes de sua sucumbência, nos termos do § 3º, do art. 98, do CPC. Oportunamente, com o trânsito em julgado desta decisão monocrática, à parte requerente para, no prazo de 10 (dez) dias, requerer o que de direito, atentando-se ao que dispõe o Título II do Livro I da Parte Especial do CPC. Declaro encerrada a fase processual de conhecimento com resolução de mérito (CPC, art. 487, I)”.

Após a sentença, o requerente interpôs embargos de declaração alegando que a petição inicial, além de pedir a entrega da soja, pedido provido pela sentença, também pedia que, caso não fossem entregues os grãos, fosse entregue a quantia equivalente em dinheiro. Assim, a hipótese de entrega do equivalente em dinheiro, atualizado monetariamente conforme os valores atribuídos à causa, foi omitida. Pleiteou, então, que fosse suprida a omissão apontada.

Por outro lado, o requerido também interpôs embargos declaratórios, alegando que foram condenados ao pagamento de 23.331 sacas de soja, nos parâmetros definidos na confissão de dívida, dos quais devem ser descontados os valores correspondentes aos recibos apresentados nos autos e embora a sentença determine o desconto de valores apresentados nos autos, esta não especificou parâmetros que possibilitem sua compensação de valores pagos com o objeto (sacas de soja) a ser entregue. Também pleiteou a manifestação acerca do pedido de novação e moratória e alegou a presença de erro material, suscitando, por fim, o acolhimento dos embargos.

Novamente, adveio sentença que acolheu os declaratórios em parte, para sanar as omissões apontadas e o erro material apontado, corrigindo o dispositivo da sentença de f. 346-358:

“Ante o exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na petição inicial desta ação monitória que Osmar de Freitas Matos move contra Abdias Aparecido de Paula, Hélio Cazarin Vieira, Evandro J. Del Pozzo, Rosele Espindola Barros Del Pozzo, José Macário Pereira de Souza e Mercedes Aparecida de Souza, para o fim de condenar os requeridos a entregarem para o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a quantidade de 23.331 (vinte e três mil, trezentos e trinta e uma) sacas de soja de 60 kg cada uma, com as características constantes do instrumento de confissão de dívida de pp. 10/11, ou seja, até 14% de umidade, até 01% de impurezas na peneira de 3.5 mm (matéria estranha), 06% de ardidos e 06% de avariados, descontando-se dessa totalidade o correspondente aos valores constantes nos recibos de pp. 195, 198-207, totalizando R\$ 107.796,00 (cento e sete mil, setecentos e noventa e seis reais), nas respectivas datas de emissão desses documentos. Rejeito o pedido do autor de condenação dos requeridos, neste momento processual, ao pagamento da obrigação, em dinheiro, no equivalente ao produto, para o caso deste não ser entregue no prazo determinado. Fica constituído, de pleno direito, e nos termos desta sentença, o título executivo judicial. No presente caso houve sucumbência recíproca, tendo os requeridos decaído de 88% (oitenta e oito por cento), aproximadamente, do pedido inicial e, por consequência, o requerente sucumbiu em 12% (doze por cento), aproximadamente, desse pedido. Assim, condeno os requeridos ao pagamento de 88% (oitenta e oito por cento) das custas processuais, e o mesmo percentual a título de honorários advocatícios aos advogados do requerente sobre o quantum a seguir fixado, e condeno o requerente ao pagamento de 12% (doze por cento) das custas processuais, e o mesmo percentual a título de honorários advocatícios ao(s) advogado(s) dos requeridos sobre o quantum a seguir fixado. Fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, considerando o grau de zelo do trabalho realizado pelo(s) advogado(s) das partes, o local da prestação do serviço, a singeleza da matéria, o tempo decorrido desde a distribuição da ação, e a ampla produção de provas, inclusive em audiência (CPC, § 2º, I a IV, do art. 85). Em relação ao requerente, por ser beneficiário da justiça gratuita (p. 19), determino a suspensão das obrigações decorrentes de sua sucumbência, nos termos do § 3º, do art. 98, do CPC. Oportunamente, com o trânsito em julgado desta decisão monocrática, à parte requerente para, no prazo de 10 (dez) dias, requerer o que de direito, atentando-se ao que dispõe o Título II do Livro I da Parte Especial do CPC. Declaro encerrada a fase processual de conhecimento com resolução de mérito (CPC, art. 487, I).

(...)” (f. 393-394)

À vista disso, o requerido interpôs o presente recurso para o fim de:

Reconhecer a novação, a moratória e a destruição do direito de regresso e excluir os fiadores-garantidores-avalistas da obrigação, conforme fatos e argumentos lançados nos embargos monitórios e repisados nos memoriais, que não foram julgados.

Reconhecer o pagamento de R\$ 232.785,95, sendo R\$ 107.796,00 referentes aos recibos de f. 195 e 198-207, conforme já reconhecido na sentença e R\$ 124.989,95 referente aos recibos de f. 75-76 e aos cheques de f. 75-76 e aos cheques de f. 77-94 e de f. 196-197, determinando o seu abatimento do valor das sacas de soja objetos da condenação.

Reconhecer a possibilidade de abatimento do valor da nota promissória de f. 128, no valor de R\$ 498.000,00 (quatrocentos e noventa e oito mil reais) do valor das sacas de soja objetos da condenação.

Definir como o abatimento deve ser realizado, estabelecendo como parâmetro o valor da saca de soja na data do vencimento do contrato ou o valor da saca de soja nas datas dos respectivos recibos de pagamento.

Revogar a gratuidade judiciária concedida ao apelado.

Julgar os novos fatos ocorridos após a sentença, reconhecendo o pagamento do valor de R\$ 319.923,00 (trezentos e dezenove mil, novecentos e vinte e três reais) a ser somado aos pagamentos anteriores, a fim de ser abatido do valor da condenação;

Redistribuir a condenação ao pagamento de sucumbência conforme o provimento desta apelação, bem como condenar o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários recursais.

Pois bem.

Da novação e moratória – exoneração dos avalistas-fiadores-garantidores

Anteriormente à análise das provas produzidas pelas partes, necessária uma apreciação da alegação do primeiro apelante acerca dos demais: Evandro José Del Pozzo, Rosele Espíndola Barros Del Pozzo e Hélio Cazarin Vieira. O recorrente aduz que estes figuraram no contrato como fiadores e não como avalistas, razão pela qual devem ser exonerados da obrigação. Alega que embora os julgados citados na sentença demonstrem que estes assumiram expressamente essa condição e queriam ser equiparados a avalistas ou fiadores, no caso dos autos trata-se de fato de fiadores que, por impropriedade técnica de quem formulou o contrato, foram nomeados como avalistas e pleiteiam a aplicação das regras da fiança e não do aval, bastando a mudança de nomenclatura para adequação.

O magistrado sentenciante julgou improcedente o feito neste ponto sob o fundamento de que os apelantes não são avalistas nem tampouco fiadores e sim garantidores solidários no contrato em questão e tenho que os documentos acostados ao processo não deixam dúvidas de que estes são devedores solidários da dívida assumida. Isso porque o aval só se aplica aos títulos cambiários, sendo exclusivo desses, e possuem solidariedade presumida, enquanto a garantia solidária é aplicada exclusivamente em contratos bancários, como é o caso dos autos. Assim, quando o avalista da nota promissória assina em contrato junto ao devedor, ele estará se obrigando à totalidade da dívida e não ao que se expressa na nota promissória.

Há de se ressaltar que, em relação à matéria posta, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o garante solidário não se confunde com o avalista ou fiador, vejamos:

Ação de anulação de fiança por falta de outorga uxória. Natureza da garantia. Precedentes da Corte. Indenização. Inscrição na SERASA.

1. Na forma de precedentes da Corte, o “interveniente garantidor solidário” não se confunde com o avalista nem com o fiador, sendo inaplicável, portanto, a disciplina

positiva sobre a fiança, com o que se afasta a necessidade de outorga uxória (REsp nº 6.268/MG, julgado em sessão de 15/4/91; no mesmo sentido, do mesmo Relator: REsp nº 3.238/MG, DJ de 19/11/90). (grifo nosso)

Assim, pelas razões expostas, mantenho a sentença para declarar que os apelantes Evandro José Del Pozzo, Rosele Espíndola Barros Del Pozzo e Hélio Cazarin Vieira, figuraram no instrumento de confissão de dívida objeto da ação monitória não como avalistas ou fiadores, mas como garantidores solidários, o que não os exonera da obrigação outrora assumida.

Da alegada omissão quanto à compensação de valores

Os apelantes alegam, ainda, que a sentença não estipulou parâmetros para o abatimento do valor reconhecido em sacas de soja, pois ainda que tenha determinado o desconto de valores nas datas dos respectivos recibos, não especificou parâmetros que possibilitem a compensação dos valores com a coisa – sacas de soja – que deve ser entregue. Contudo, analisando a sentença de f. 346-358, verifico que o magistrado de primeiro grau não deixou de se pronunciar acerca da referida alegação, pois fundamentou:

“são válidos os recibos de pp. 195, 198-205, no total de R\$ 107.706,00 (cento e sete mil, setecentos e seis reais), para pagamento da dívida referente ao produto de que trata o contrato de confissão de dívida objeto desta monitória, (...)”, (f. 355)

“aos recibos, como visto, o próprio requerente os reconheceu como válido para compensação com os valores do produto (soja), de que trata o contrato objeto desta monitória, os quais, sem qualquer atualização, perfazem 107.706,00 (cento e sete mil, setecentos e seis reais)”; (f. 356)

No dispositivo do decisum os apelantes foram condenados “a entregarem para o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a quantidade de 23.331 (...) sacas de soja de 60 kg cada uma, com as características constantes do instrumento de confissão de dívida de pp. 10/11,(...), descontando-se dessa totalidade o correspondente aos valores constantes nos recibos de pp. 195, 198-205, nas respectivas datas de emissão desses documentos” (f. 356)

À vista disso, resta claro que foi especificado na fundamentação dos autos, os parâmetros solicitados pelos apelantes, quais sejam, de que os recibos que totalizam 107.706,00 (cento e sete mil, setecentos e seis reais) são válidos como pagamento da dívida referente às sacas de soja e que deverá ser descontado da totalidade o valor constante nos recibos nas suas respectivas datas de emissão.

Do reconhecimento de pagamentos diversos aos reconhecidos em sentença

Os apelantes narram que a sentença reconheceu o pagamento de apenas R\$ 107.796,00 (cento e sete mil, setecentos e noventa e seis reais), baseados na confirmação do apelado/autor referente ao recebimento dos valores constantes nos recibos apresentados.

Contudo, excluiu os pagamentos relativos a outros recibos, que totalizam a quantia de R\$ 124.989,95 (cento e vinte e quatro mil, novecentos e oitenta e nove reais e noventa e cinco centavos). Afirmam estes que não há justificativa para excluir os recibos de tais pagamentos, vez que, diferente do que consta na sentença, cabe ao devedor exibir a comprovação de pagamento.

Alegam, ainda, que a sentença não reconheceu a nota promissória no valor de R\$ 498.000,00 (quatrocentos e noventa e oito mil reais), como apta a demonstrar a compensação de dívidas, sob o argumento de que não houve comprovação de que a nota promissória foi recebida para compensação da dívida contratual.

Vejamos.

Extraí-se dos autos que o requerido/apelante Abdias Aparecido de Paula, sendo credor do requerente/apelado de R\$ 498.000,00 (quatrocentos e noventa e oito mil reais), representado por uma nota promissória e ao mesmo tempo, devedor deste de 15.554 sacas de soja para serem entregues, 7.777 sacas em 30 de março de 2009 e 7.777 em 30 de março de 2010, razão pela qual teria havido, então, a compensação de dívidas, contudo, o apelado, em impugnação aos embargos monitórios (f. 101-108), não reconheceu ter havido aludida compensação.

No tocante às sacas de soja objetos do processo, os apelantes afirmam nos embargos monitórios que o apelado recebeu a totalidade devida, em dinheiro, no valor de R\$ 104.989,98 (cento e quatro mil, novecentos e oitenta e nove reais e noventa e cinco centavos), que foram representados pelos recibos e cheques acostados às f. 75-94 e com a entrega de 1.500 sacas de soja pelo apelante Hélio Cazarin e mais 1.500 sacas pelo primeiro apelante.

Corroborando com as fundamentações advindas da sentença, não foi produzido pelo apelante provas robustas acerca da alegada compensação e, assim sendo, o ônus de demonstrar se houve ou não a compensação de dívida era deste, pois foi quem trouxe aos autos tal alegação.

Ainda, as testemunhas arroladas nada disseram em seus depoimentos (f. 246-258) sobre a compensação de dívidas entre o débito do requerente/apelado para com o primeiro requerido/apelante Abdias, representado pela nota promissória juntada à f. 128 e o débito dos apelados para com os apelantes, referente à 15.554 sacas de soja e retratadas no instrumento de confissão de dívida que instruiu a presente ação.

Em impugnação aos embargos monitórios (f. 99-108), o apelado negou ter recebido dos apelantes, a título de pagamento pelas sacas de soja, os valores representados pelos cheques juntados às f. 77-85, alegando que estes nunca foram compensados por falta de fundos, enquanto afirmou, em relação aos recibos (f. 75-76), que estes sim se referem de fato ao pagamento já efetuado, conforme declinado na peça inaugural.

À vista disso, da narrativa dos fatos, tenho que a parte apelada logrou êxito em comprovar suas alegações, pois ao ser intimado para especificar provas acerca dos fatos, compareceu aos autos (f. 116-117) e confirmou que todas as lâminas de cheque trazidas foram devolvidas por insuficiência de fundos e, junto a isso, juntou os documentos de f. 119-122, consistentes em cinco lâminas de cheques devolvidos pelas alíneas 11 e 12, que referem-se a cheques sem provisão de fundos), dentre esses, estão os cheques cujas cópias foram juntadas pelos apelantes às f. 81, 87 e 89.

Com isso, tendo o apelado negado que tenha recebido os valores e fazendo prova de que realmente alguns dos cheques não foram descontados, os apelantes não possuíam dificuldades em produzir tal prova, pois bastava que juntassem os extratos da referida conta corrente demonstrando que os valores haviam sido debitados, o que não o fez.

Assim, o ônus da prova recaiu sobre os apelantes e estes não fizeram qualquer demonstração que evidenciasse que os cheques foram descontados, bem como as testemunhas trazidas ao processo nada disseram a respeito deste pagamento.

Ainda, conforme perfeitamente consignado pelo magistrado sentenciante:

“Outrossim, igualmente, não lograram os requeridos demonstrar, ônus que também lhes competia, diante da negativa do requerente, de que os valores representados pelos recibos juntados às f. 75-76, referem-se a pagamento por conta do débito referente a primeira parcela do produto em questão, até porque a data de vencimento da primeira parcela para entrega da soja era 30 de março de 2008, e referidos recibos foram emitidos

pelo requerente em 09 de novembro de 2007 (f. 75), e em 11 de dezembro de 2007 (f. 76), logo, não há como considerar que os recibos referem-se ao pagamento da dívida referente à primeira parcela do produto (soja), como alegado pelos requeridos - apelantes - nos embargos monitórios.

Destarte, denota-se que os requeridos, por meio da petição def. 193-194, noticiaram que em reunião entre o primeiro requerido e o requerente, aquele “entendeu que restaria devido uma espécie de resíduo do contrato de soja”, e este “reconheceu que o valor por ele mencionado em sua inicial estaria amplamente incorreto”, e acabaram por acordar que o primeiro requerido – apelante - “devia um valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais”, ao requerente – apelado - , e também acordaram que aquele (primeiro requerido) “iria pagando este valor no decorrer dos meses seguintes, sem prestação ou data fixa. Mas seriam pagamentos contínuos. Por essa razão, desde maio de 2011 até fevereiro de 2013,” o requerente “recebeu a importância de R\$ 137.796,00 (cento e trinta e sete mil, setecentos e noventa e seis reais), conforme se observa nos documentos inclusos, todos perfeitamente assinados pelo” requerente, e que estão juntados às pp. 195-208.” (f. 355)

Finalmente, no que se refere aos cheques e às alegações trazidas pelos apelantes, a negativa destes ao deixar de produzir provas que comprovassem que os cheques foram emitidos e descontados de sua conta a favor do apelado e, tendo o apelado produzido prova contrária, demonstrando que cinco destes cheques foram devolvidos por falta de fundos e as testemunhas não colaboraram para comprovação de tais alegações, impossível reconhecer a validade dos cheques como pleiteiam os apelantes, mantenho a sentença por seus próprios fundamentos.

Da revogação da justiça gratuita

Os apelantes narram que a gratuidade foi deferida à f. 19, em 27/04/2010, com fulcro na Lei nº 1.060/50, com a advertência de que este benefício poderia ser revogado posteriormente, mediante incidente de impugnação ou por iniciativa do juízo.

Assim, alegam que o apelado não preenche mais os requisitos para usufruir de tal benefício, isso porque ao longo da ação foi provado que o apelado tem recebido grandes quantias de dinheiro mediante recibo. Ainda, a sentença lhe conferiu um crédito de 23.331 sacas de soja.

Pois bem.

O apelante Abdias Aparecido de Paula, sendo credor do apelado de R\$ 498.000,00 (quatrocentos e noventa e oito mil reais) e ao mesmo tempo, devedor deste de 15.554 sacas de soja, demonstram os autos que o valor já recebido e determinado na sentença a receber, não se trata de ganho em prol do apelado e sim da compensação de dívidas, visto que ambos são devedores.

Portanto, o artigo 7º, da Lei nº 1.060/50 dispõe que a revogação da assistência judiciária depende da comprovação da inexistência ou do desaparecimento dos requisitos que ensejam a sua concessão. Assim, deve o impugnante comprovar a alteração da situação econômica do beneficiário ou a ausência de veracidade da declaração no momento do pedido. Contudo, o que se observa, no caso, é que o apelado, embora tenha recebido quantia de dinheiro mediante recibo e a sentença lhe conferido um crédito de 23.331 sacas de soja, tais quantias tratam-se de compensação de dívida, por isso, não tem o condão de afastar a benesse concedida ao autor, visto que não altera sua situação econômica.

Dos fatos novos

A respeito dos novos fatos trazidos pelo apelante, tenho que estes merecem prosperar. Explico.

Quando do ajuizamento da ação monitória, o apelado também noticiou a ocorrência de crime para a autoridade policial, resultando no Inquérito Policial nº 548/2009 e, posteriormente, na Ação Penal nº 0000673-26.2013.8.12.0002, que tramitou pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS.

O apelante ofereceu resposta à acusação narrando os fatos e, em 30/09/2014 aceitou a proposta do Ministério Público Estadual para suspensão condicional do processo, consistente na doação de determinada quantia, apresentação mensal em cartório e a reparação do dano à vítima.

A fase instrutória da ação monitória foi encerrada em 23/07/2013 e em 16/06/2014 esta já havia sido levada à conclusão do magistrado de primeiro grau para sentença, que teve sua prolação adiada em razão do provimento do agravo de instrumento interposto para manter a nota promissória nos autos (f. 157-168 e 310-324), que levou à instauração do incidente de falsidade em 25/02/2015 (f. 332-333) e encerramento no dia 10/11/2015.

A sentença foi exarada em 15/03/2017.

Para cumprimento do acordo entabulado com o Ministério Público Estadual, entre 20/10/2015 a 03/10/2016, o apelado recebeu do apelante o pagamento de diversos valores referentes ao negócio que originou o contrato de confissão de dívida, totalizando R\$ 319.923,00 (trezentos e dezenove mil e novecentos e vinte e três reais), conforme recibos em anexo (f. 659-663).

Assim, em razão da confirmação do pagamento, o MPE e o juízo criminal deram por satisfeitas as condições da suspensão processual do apelante, dentre as quais o dever de pagar a vítima.

Como visto, os pagamentos foram realizados após a finalização da instrução na ação monitória, bem como a extinção da punibilidade do apelante só foi reconhecida após a sentença, razão pela qual é possível a análise dos novos fatos trazidos aos autos, conforme dispõe o art. 1.014, do Código de Processo Civil: as questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE RESSARCIMENTO – PATROCÍNIO DE AÇÕES DE ACIDENTE DE TRABALHO EM FACE DO INSS COM CÁLCULOS EXORBITANTES – HOMOLOGAÇÃO DOS CÁLCULOS PELO EX-JUIZ DE DIREITO, QUE TERIA AGIDO COM FRAUDE E CONLUÍO COM OS DEMAIS ACUSADOS – SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – ART. 1.525 DO CC/16 (CORRESPONDENTE ART. 935 DO CC/2002) – INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL E CRIMINAL – POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS OBTIDAS NO PROCESSO CRIMINAL, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO – AUSENTE A OFENSA AO ART. 133 DO CPC – POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO MAGISTRADO NOS CASOS DE FRAUDE E DOLO – NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.

1. A utilização de provas colhidas no processo criminal como fundamentação para condenação à reparação do dano causado não constitui violação ao art. 935 do CC/2002 (1.525 do CC/16).

2. Não há óbices para que o juízo cível fundamente a decisão em provas colhidas na seara penal, desde que observado o devido processo legal. In casu, os réus da ação de ressarcimento também figuraram no pólo passivo da ação penal, portanto, restaram observados os princípios do contraditório e ampla defesa, pois os acusados tiveram oportunidade de se manifestar sobre as provas colhidas.

3. Agravo Regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 24940 RJ 2011/0161161-5, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 18/02/2014, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 24/02/2014)

Portanto, comprovados os pagamentos que totalizam \$ 319.923,00 (trezentos e dezenove mil e novecentos e vinte e três reais), estes devem ser reconhecidos e somados aos valores anteriormente reconhecidos, a fim de que sejam abatidos do valor da condenação.

Dos honorários recursais

No tocante aos honorários recursais, em atenção aos critérios descritos nos incisos I e IV do artigo 85, § 2º, mormente ponderando a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço e a duração do processo, fixo os honorários advocatícios recursais em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação em favor dos patronos do apelado, em vista deste ter decaído em parte mínima do pedido. Em relação ao autor, mantém-se a exigência de tais verbas condicionada ao implemento do § 2º do art. 11 e 12 da Lei 1.060/50 (assistência judiciária gratuita), provando-se em cinco anos a cessação da hipossuficiência financeira.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, somente para reconhecer os pagamentos efetuados pelo apelante em favor do apelado, que totalizam \$ 319.923,00 (trezentos e dezenove mil e novecentos e vinte e três reais), estes devem ser reconhecidos e somados aos valores anteriormente reconhecidos na sentença, a fim de que sejam abatidos do valor da condenação.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista do 2º vogal (Des. Rasslan), após o relator e o 1º vogal terem dado parcial provimento ao recurso.

VOTO (06/11/2018)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (2º vogal)

Pedi vista destes autos para melhor analisar o caso, tendo em vista a existência de discussão acerca da veracidade dos recibos apresentados pelo apelante à f. 659-63, os quais motivaram o acolhimento de parte do pleito recursal pelo relator destes autos, Des. João Maria Lós, que os reconheceu como prova do pagamento de R\$ 319.923,00 (trezentos e dezenove mil e novecentos e vinte e três reais), para que tal montante seja abatido do valor da condenação constante da sentença.

Observo que foi instaurado inquérito policial para apurar a comunicação feita pelo recorrido negando a assinatura dos mencionados recibos (f. 747) e, embora a investigação policial não tenha sido finalizada, consta dos autos o laudo pericial de f. 767-803, em cuja conclusão restou certo que as assinaturas questionadas “*apresentaram unicidade de punho escrivador entre si*”, sendo consideradas, portanto, autênticas, após confrontadas com as assinaturas do Sr. Osmar de Freitas Matos, ora apelado.

Não obstante tratar-se de perícia realizada extrajudicialmente, vislumbro que foi pleiteado pelo próprio recorrente a nomeação de perito oficial para a produção de nova perícia, com o objetivo de confirmar as conclusões anteriormente firmadas, medida que foi também reputada necessária pelo delegado de polícia, considerando as providências a que deu início para a sua concretização, consoante se observa do documento acostado à f. 758.

Desse modo, diante da ausência de elementos aptos a retirar a validade dos recibos apresentados pelo apelante, acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com declaração de voto do Des. Rasslan

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 6 de novembro de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0801957-98.2013.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONTRATO ANALISADO SOB A LUZ DO CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – VALORAÇÃO DA PROVA – PERÍCIA QUE CONSTATA NEXO CAUSAL – PARTE AUTORA TECNICAMENTE HIPOSSUFICIENTE – DEVER DE INDENIZAR – SENTENÇA REFORMADA – APELO PROVIDO.

Há incidência do Código de Defesa do Consumidor quando é verossímil nos autos que o produtor rural adquiriu um maquinário agrícola com objetivo de incrementar sua atividade sendo neste caso considerado destinatário final. (STJ, AgInt no AREsp 1311118/RS)

A distribuição dinâmica do ônus da prova procura a facilidade para produção da prova, dependendo do caso concreto, como forma de preservar a boa-fé, a lealdade, a igualdade, a solidariedade, o devido processo legal e o acesso à justiça, impedindo comportamentos abusivos por parte daqueles que possuam melhores condições de provar, os quais poderiam se fundar do dever de cooperação processual permanecendo na inércia com amparo das regras rígidas e inflexíveis do atual modelo probatório.

O julgador em casos tais deve analisar caso a caso e estando sob a vigência das normas consumeristas, aplicando-se no que for possível o art. 51, V do CDC a fim de evitar abusividades que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Se na perícia feita na cautelar de produção antecipada de provas o perito não concluiu por qualquer erro ou falha do autor, não pode este consumidor ser penalizado pela dúvida/incerteza do julgador ao valorar a prova dos autos.

Nexo causal e verossimilhanças presentes. Dever de indenizar. Sentença reformada.

Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Armando Bianchessi interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 269-272 que, nos autos da ação de indenização que promove em face de CNH Latin America LTDA, em que o magistrado singular considerando o contexto probatório dos autos, julgou improcedente o pedido da ação nos termos do art. 487, I, CPC/15, sobretudo pelo fato da parte autora não ter demonstrado ação ou omissão do devedor.

O autor, ora recorrente, interpôs a presente demanda com intuito de ser reparado por dano decorrente de incêndio de uma máquina agrícola, sendo imprescindível a comprovação por perícia técnica, razão pela qual o recorrente promoveu a produção de prova antecipada (Autos nº 0000361-20.2010.8.12.0046), f. 21-23.

Afirma em seu recurso que a sentença deve ser reformada, haja vista que deve ser considerada a distinção entre a aferição da causa do sinistro (comprovada nos autos via laudo pericial) e a aferição da progênie da causa do sinistro (que não restou demonstrado, posto que demandaria outros tipos de perícias técnicas), sendo certo que a confusão entre esses dois tipos de investigações periciais foi a causa do entendimento adotado na sentença.

Neste íterim, destaca que *“todas as afirmações acerca da necessidade de análise mais aprofundada ou realização de outro tipo de perícia, não se refere a causa do sinistro, mas sim, destina-se a identificar a progênie da causa do sinistro o que teria provocado o travamento da válvula de alívio da bomba hidráulica de interesse exclusivo do fabricante, sendo uma faculdade desta, que em nada interfere na culpa e no dever de indenizar, como também, não representa excludente de responsabilidade”*, restando prejudicada a perícia dos autos.

Invoca a comprovação constitutiva do direito diante da presença dos elementos do dano, nexos causal e culpa, resultando na responsabilidade objetiva da empresa, ora recorrida, não havendo falar em culpa da vítima.

Reproduz trechos da perícia em que não se deve ser admitido como natural a explosão da bomba hidráulica da máquina em casos com o tempo de vida útil da máquina objeto dos autos.

Alega em preliminar que seja mantida a inversão do ônus da prova (f. 101) reconhecendo ser caso de aplicação do CDC e por conseguinte, requer seja julgado procedente o presente recurso reformando-se a sentença para condenar a recorrida nos termos dos pedidos exordiais, julgando-se procedente o pedido integral de indenização em favor do autor.

A parte ré, ora recorrida, pugna pela manutenção da sentença, haja vista que a questão de fundo e objeto dos autos é suficiente para desencadear a responsabilidade da parte autora, ora recorrida, conforme razões de f. 325-335.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por Armando Bianchessi em face da sentença de f. 269-272 que, nos autos da ação de indenização que promove em face de CNH Latin America LTDA, em que o magistrado singular considerando o contexto probatório dos autos, julgou improcedente o pedido da ação nos termos do art. 487, I, CPC/15, sobretudo pelo fato da parte autora não ter demonstrado ação ou omissão do devedor.

O autor, ora recorrente, interpôs a presente demanda com intuito de ser reparado por dano decorrente de incêndio de uma máquina agrícola, sendo imprescindível a comprovação por perícia técnica, razão pela qual o recorrente promoveu a produção de prova antecipada (Autos nº 0000361-20.2010.8.12.0046), f. 21-23.

Afirma em seu recurso que a sentença deve ser reformada, haja vista que deve ser considerada a distinção entre a aferição da causa do sinistro (comprovada nos autos via laudo pericial) e a aferição da progênie da causa do sinistro (que não restou demonstrado, posto que demandaria outros tipos de perícias técnicas), sendo certo que a confusão entre esses dois tipos de investigações periciais foi a causa do entendimento adotado na sentença.

Neste íterim, destaca que *“todas as afirmações acerca da necessidade de análise mais aprofundada ou realização de outro tipo de perícia, não se refere a causa do sinistro, mas sim, destina-se a identificar a progênie da causa do sinistro o que teria provocado o travamento da válvula de alívio da bomba hidráulica de interesse exclusivo do fabricante, sendo uma faculdade desta, que em nada interfere na culpa e no dever de indenizar, como também, não representa excludente de responsabilidade”*, restando prejudicada a perícia dos autos.

Invoca a comprovação constitutiva do direito diante da presença dos elementos do dano, nexos causal e culpa, resultando na responsabilidade objetiva da empresa, ora recorrida, não havendo falar em culpa da vítima.

Reproduz trechos da perícia em que não se deve ser admitido como natural a explosão da bomba hidráulica da máquina em casos com o tempo de vida útil da máquina objeto dos autos.

Alega em preliminar que seja mantida a inversão do ônus da prova (f. 101) reconhecendo ser caso de aplicação do CDC e por conseguinte, requer seja julgado procedente o presente recurso reformando-se a sentença para condenar a recorrida nos termos dos pedidos exordiais, julgando-se procedente o pedido integral de indenização em favor do autor.

A parte ré, ora recorrida, pugna pela manutenção da sentença, haja vista que a questão de fundo e objeto dos autos é suficiente para desencadear a responsabilidade da parte autora, ora recorrida, conforme razões de f. 325-335.

É a síntese dos autos. Passo ao voto.

Trata-se de ação de indenização ajuizada por Armando Bianchesi em face de CNH Latin América Ltda onde o autor, ora recorrente, ajuizou a presente demanda com o fim de dimensionar a responsabilidade civil da requerida pelos danos materiais e morais sofridos decorrentes de sinistro ocorrido em 02/09/2009 em maquinário agrícola adquirido junto à empresa ora recorrida.

Passo, inicialmente, a enfrentar a questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, tendo como inafastável a situação.

É de suma importância destacar que é fato incontroverso que o autor é proprietário de uma máquina agrícola (colheitadeira de grãos, modelo AXIAL FLOW 2399, ano 2006, fabricante CASE, série 88EXG200017) objeto destes autos e que o presente caso deve ser analisado sob a luz do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que é evidente a relação de consumo entre as partes.

Constata-se nos autos que o autor comprou o maquinário agrícola com o objetivo de facilitar e viabilizar as ações inerentes ao incremento financeiro e produtivo de suas atividades, como destinatário final, não havendo dúvidas de que a compra do maquinário ocorreu para uso próprio, fato já reconhecido em primeiro grau (decisão de f. 88-90) estando acobertado pela coisa julgada.

A Corte Superior de Justiça tem admitido, em julgados nas turmas da seção de direito privado (terceira e quarta turmas), não ser o critério do destinatário final econômico o determinante para a caracterização de relação de consumo ou do conceito de consumidor, não deixando de vista que a aplicação do CDC municia o consumidor de mecanismos que conferem equilíbrio e transparência às relações de consumo, notadamente em face de sua situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor.

Este aspecto (vulnerabilidade ou hipossuficiência) deve ser considerado para decidir sobre a abrangência do conceito de consumidor estabelecido no CDC para as relações que se dão em uma cadeia produtiva. Consoante traduz o artigo 3º, § 2º do CDC, *sic*:

*“Art. 3º **Fornecedor** é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifei)

O fato de alguma pessoa fazer uso de determinado produto para sua atividade econômica não lhe retira a condição de destinatário final daquele bem de consumo, como no caso destes autos. Neste sentido:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PRODUTOR AGRÍCOLA – AQUISIÇÃO DE COLHEITADEIRA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.ºs 2 e 3/STJ).

2. O agricultor, ao adquirir bem móvel para utilizar em sua atividade produtiva, torna-se destinatário final, aplicando-se, portanto, as normas consumeristas. Precedentes.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1311118/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/10/2018, DJe 26/10/2018)

“DIREITO DO CONSUMIDOR – DUPLICATAS MERCANTIS E CONFISSÃO DE DÍVIDA – AGRICULTOR – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – POSSIBILIDADE.

1. ‘O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor’ (REsp 445.854/MS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02/12/2003, DJ 19/12/2003, p. 453) (grifei)

Diante da normatividade da lei aplicada ao caso, bem como do entendimento pacífico da Corte Superior de Justiça sobre este tema, sem maiores delongas, é de se concluir pela aplicação do Código do Consumidor.

Dito isso, resta ratificar que para o deslinde da lide aplica-se a regra de distribuição do ônus da prova, à luz dos ensinamentos básicos extraídos do artigo 373, inciso I e II do CPC/15, com atenção voltada à relação de consumo travada entre as partes, devendo ser aplicada, outrossim, a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do CDC.

Com o propósito da realização da justiça no processo, a inversão do ônus é utilizada para alcançar a igualdade, garantindo o equilíbrio entre as partes, para que ambas possam influenciar no resultado do processo da mesma forma e possuam as mesmas limitações¹.

Com o intuito de proteger os direitos do consumidor, facilitar a sua defesa, permitindo o equilíbrio entre as partes em juízo, o legislador reconheceu a vulnerabilidade do consumidor e implementou na lei infraconstitucional instrumentos que visassem a efetividade da tutela jurisdicional.

Nessa senda, Nelson Nery² diz:

“Destinatário da prova. É o processo. O juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indeferida a prova. Nessa circunstância, haverá cerceamento de defesa. No mesmo sentido: Sentís. Prueba, p. 20”.

E ainda, ao lecionar sobre a matéria Cândido Rangel Dinamarco³ esclarece que o destinatário da prova é o Juiz, veja-se:

“A natureza processual da prova é intimamente associada à identificação do juiz como seu destinatário. A produção da prova não é prerrogativa inerente à estrutura dos direitos, mas ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa. A ideia do processo como combate, ou jogo (Calamandrei), é apenas uma bela imagem e não deve distorcer a visão de que todos os atos das partes no processo são invariavelmente dirigidos ao juiz: só indiretamente o adversário lhes sentirá os efeitos, a saber, quando o juiz decide.

A distribuição dinâmica do ônus da prova procura a facilidade para produção da prova, dependendo do caso concreto, como forma de preservar a boa-fé, a lealdade, a igualdade, a solidariedade, o devido processo legal e o acesso à justiça, impedindo comportamentos abusivos por parte daqueles que possuam melhores condições de provar, os quais poderiam se fundar do dever de cooperação processual permanecendo na inércia com amparo das regras rígidas e inflexíveis do atual modelo probatório.

Feito esse breve esclarecimento, cabe agora destacar que as questões a serem aferidas neste recurso consistem: (a) na existência de nexo causal entre os prejuízos alegados e a demora na regulação (b) nas causas e na responsabilidade do dano.

Analisando toda a matéria *probandi* da situação em apreço, entendo que a parte ré, ora recorrida, não logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos do seu direito, uma vez que não restou evidenciado através nas provas carreadas aos autos, *quantum satis*, que o dano sofrido na máquina decorreu de ato responsável pelo autor.

Conforme visto acima, é incontroverso que o sinistro (incêndio parcial) ocorreu em 02.09.2009, sendo que nos autos da ação cautelar de produção de provas, Autos nº 0000361-20.2010.8.12.0046, ainda sob a vigência do CPC/73, consta no parecer do perito nomeado naqueles autos as possíveis causas do incêndio na máquina colheitadeira, cujo teor do trecho que nos importa passo a reproduzir, f. 26, *in verbis*:

1 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. p. 147.

2 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2009, vol 3, p. 46

“(…)

Em função das análises expostas acima, chegou-se as conclusões de que o incêndio não teve início no sistema elétrico, nem no sistema mecânico dos conjuntos ora analisados.

A origem da causa do incêndio ocorreu devido ao travamento da válvula de alívio, que criou uma pressão acima do que a bomba hidráulica suportava em consequência um aquecimento do óleo hidráulico, explodindo-a. Pode-se observar que a maior concentração de chamas, ocorreu do lado esquerdo central da máquina. Considerando-se que a temperatura do sistema hidráulico gira em torno de 60° a 100° graus, conclui-se de que o óleo hidráulico atingiu temperatura superior a 300° graus, para fundir a bomba e válvulas. A elevada pressão aliada à alta temperatura deu-se origem a explosão da bomba e válvulas acopladas, ocasionando o incêndio. (grifei)

Às f. 37-39 deste processo consta o parecer do auxiliar técnico cujo teor fora acostado às f. 21-39) *in verbis*:

“(…)

Em vista do exposto, cumulado com a elevada incidência de calor naquela região da máquina, setor hidráulico, considerando também o calor do motor em alta inércia para a industrialização do produto onde a temperatura ambiente era muito alta, devido ao trabalho, pudemos depreender que o agente que deu causa ao incêndio, tem sua origem nas peças internas da bomba hidráulica.

(…)

Isto posto, podemos depreender tecnicamente que, a possibilidade de ter ocorrido algum curto circuito na parte elétrica da máquina foi descartada por todos presentes, pois após auxiliar a perícia no equipamento evidenciamos o nexo causal do incêndio como causa (falha), (desarranjo) mecânico na válvula de alívio da bomba hidráulica.

(…)

Com base nas constatações e pesquisas realizadas, como exposto acima, o referido incêndio não apresenta qualquer indicativo de ter sido causado por:

- curto circuito em chicotes e fiação geral da máquina,
- negligência do operador,
- ***não foram encontrados quaisquer vestígios de falta de manutenção***

(…)

Portanto este incêndio tem sua origem de uma ocorrência intrínseca (de dentro) com a contribuição de agente externo, por travamento de peças internas da bomba hidráulica, onde concordo com a perícia realizada pela Engenheira Lizangela Ingrid Dalmarco”. (Grifei)

Neste diapasão, resta evidente no laudo pericial que o sinistro ocorreu por causas alheias à parte autora, falha mecânica ou falta de manutenção, posto que a prova pericial não é clara, objetiva ou concisa neste sentido, não podendo o consumidor hipossuficiente ser penalizado por qualquer tipo de dúvida na valoração da prova.

É nítida a fragilidade das provas (cautelar incidental) acerca da autoria do sinistro, das razões que levaram o autor a ter a perda em comento, não passando de causas hipotéticas, não podendo o julgador em casos tais condenar o menos favorecido na situação, como no caso em comento.

A sentença singular fora fundada em genérico argumento de ausência de culpa ou de defeito do maquinário. Não há qualquer descrição detalhada e objetiva da responsabilidade do sinistro e dos elementos para a convicção judicial, nada justificando o julgamento improcedente do pedido do autor.

Não é demais lembrar que o juiz deverá observar o contraditório e fundamentar os motivos que o levaram a distribuir diversamente o ônus probatório, sob pena de se tornar arbitrária ou insubsistente sua decisão.

Importante ratificar que a lide está submetida às regras do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a compra do maquinário pelo autor junto à empresa ré foi realizada para implementar suas atividades, sendo este o destinatário final dos serviços.

A respeito da importância do contexto probatório para verificação de situações fáticas, como a do caso concreto, importante destacar que não se busca nesta fase recursal a reanálise de prova, mas, sim, a valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, ante a distorcida aplicação na sentença da inversão do ônus da prova.

Neste sentido:

“Não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, ante a distorcida aplicação pelo Tribunal de origem da inversão do ônus da prova.” (RESp. 737.797/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 28/08/2006 p. 226).

Nesta linha de raciocínio, deve-se incidir o art. 47, do aludido diploma, o qual determina que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Da mesma forma, conforme o art. 51, V, do CDC, é nula a cláusula que estabelece obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Frisa-se sobretudo que inexistente prova de que no momento da compra foram entregues à autora as Condições Gerais do contrato de compra e venda, com qualquer tipo de informação acerca de sinistros ocorridos como no presente caso, havendo violação do direito de informação assegurado pelo art. 6º, III, do CDC.

Além disso, na própria perícia (f. 26) o perito contratado nos autos não concluiu por qualquer erro ou falha pelo autor, não podendo este consumidor ser penalizado pela dúvida do magistrado ao valorar a prova dos autos, *in verbis*:

Nestas circunstâncias, tenho que a ré não logrou comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, ônus que lhe incumbia, na forma do art. 373, II, do CPC, motivo pelo qual é devido o pagamento da indenização aqui pretendida. Nesse sentido, mutatis mutantis, a seguinte jurisprudência, in verbis:

“APELAÇÃO CÍVEL – SEGURO – IMÓVEL – VENDAVAL – CHUVA – AÇÃO DE COBRANÇA – CLÁUSULA DE RATEIO E DEPRECIAÇÃO AFASTADAS – INDENIZAÇÃO DEVIDA DE ACORDO COM O PACTUADO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

(...)

9. No presente feito há evidente desobediência ao art. 6º, inciso III, do CDC, na medida em que as informações sobre o serviço que estava sendo contratado não foram prestadas de forma adequada. 10. Destarte, **o consumidor não tomou ciência efetiva dos limites impostos à cobertura contratada, o que não é juridicamente possível, pois se cláusula restritiva deve estar redigida de maneira a ocultar informações do consumidor, parte hipossuficiente na relação, quanto mais à parte ser surpreendida no curso da contratualidade por norma administrativa que jamais teve conhecimento.** 11. Assim, afastar a incidência de cláusula de rateio no caso em exame é à medida que se impõe, devendo a seguradora proceder ao pagamento integral dos danos descritos na inicial. 12. Reputa-se abusiva a cláusula de depreciação, por desnaturar o objeto do contrato, isto é, a garantia dos prejuízos advindos em virtude do sinistro, em indenização compatível com o valor do prêmio adimplido. 13. **Cobertura para produtos agrícolas. Existência de cobertura. Comprovação dos produtos que estavam nos galpões quando da ocorrência do sinistro.** 14. **Manutenção da sentença de primeiro grau.** Dos honorários recursais 15. Honorários recursais devidos a parte que obteve êxito neste grau de jurisdição, independente de pedido a esse respeito, devido ao trabalho adicional nesta instância, de acordo com os limites fixados em lei. Inteligência do art. 85 e seus parágrafos do novel Código de Processo Civil. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70073269227, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/06/2017); (grifei)

Sendo assim, sem maiores delongas, por tudo que fora aqui exposto, conheço do apelo e por conseguinte dou provimento ao apelo do autor para condenar a empresa ré/recorrida ao pagamento da quantia correspondente ao valor do equipamento (trator), objeto da lide, cujo valor deverá ser calculado como o valor de mercado da época dos fatos, conforme estado do bem antes do sinistro, laudo pericial, f. 26 (item 1), mais correção pelo IGPM/FGV e juros legais a contar da citação, o que deverá ser feito em fase de liquidação.

Deixo de condenar em danos morais por não restar evidentes no caso concreto.

Diante do provimento deste recurso, deve o ônus de sucumbência proferido em primeiro grau ser invertido e majorado, devendo a parte autora arcar com as custas, honorário advocatícios sucumbenciais e recursais no importe de 12% do valor da causa, sendo esta condenação cabível com as alterações do CPC/15. (art. 85, § 2º, § 11º CPC/15).

Por tais razões,

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800302-41.2018.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA RURAL POR IDADE – ATUAÇÃO DO JUÍZO ESTADUAL EM DELEGAÇÃO FEDERAL – INSS – AUTARQUIA FEDERAL – COMPETÊNCIA RECURSAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – ART. 109, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ACOLHIDA DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acolher a preliminar de incompetência absoluta e determinar a remessa dos autos ao Tribunal Regional da 3ª Região, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Manoel de Carvalho interpôs recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Camapuã que, nos autos da ação de concessão de aposentadoria rural por idade proposta em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, julgou improcedente os pedidos da exordial por não preencher os requisitos necessários para concessão do benefício previdenciário.

Em seu recurso argumenta que, ao contrário do considerado pelo juízo de origem, a aposentadoria não é concedida apenas ao segurado especial, vez que conforme o art. 143 da Lei nº 8.213/91 tal benefício também é concedido ao empregado rural e ao contribuinte individual rural.

Alega que a redução do requisito etário em favor do rurícola justifica-se pelas condições de trabalho exercido, defende que é trabalhador rural todo aquele presta serviços em caráter não eventual, sob subordinação, em propriedade rural.

Narra que o apelante desenvolve exclusivamente a atividade de trabalhador rural há mais de 25 anos e que tal fato está lastreado de provas que constituem início de prova material e prova testemunhal, conforme aceito pela súmula 577 do STJ.

Ademais requer a aplicação do princípio *in dubio pro misero* e faz pré-questionamento de dispositivos legais.

Por fim requer o provimento do recurso para reformar a sentença e conceder o benefício de aposentadoria por idade rural.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Manoel de Carvalho interpôs recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Camapuã que, nos autos da ação de concessão de aposentadoria rural por idade proposta em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, julgou improcedente os pedidos da exordial por não preencher os requisitos necessários para concessão do benefício previdenciário.

Em seu recurso argumenta que, ao contrário do considerado pelo juízo de origem, a aposentadoria não é concedida apenas ao segurado especial, vez que conforme o art. 143 da Lei nº 8.213/91 tal benefício também é concedido ao empregado rural e ao contribuinte individual rural.

Deve ser acolhida de ofício a preliminar de incompetência.

Explico.

Alisando o feito é possível verificar que o magistrado singular (juiz estadual) somente atuou em decorrência de competência delegada da justiça federal, conforme autoriza o art. 109, § 3º, da Constituição Federal:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho;

(...)

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.”

Desta feita, nada obstante o endereçamento do recurso de apelação a este Egrégio Tribunal de Justiça, não possui esta Corte competência para sua apreciação, atendida a determinação do § 4º, do supracitado art. 109:

“§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.”

Destaca-se que nem há o que se cogitar em competência delegada da Justiça dos Estados para a apreciação do caso posto em debate, tendo em vista que a matéria não guarda relação direta com concessão/revisão de benefício previdenciário em decorrência de acidente de trabalho, situação que se enquadraria na exceção prevista no artigo 109, I da Magna Carta, mas, como dito alhures, apenas abrange pretensão de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição ou idade.

Assim, outra alternativa não há se não acolher de ofício a preliminar de incompetência absoluta, e determinar a remessa destes autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com nossas homenagens.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar de incompetência absoluta e determinaram a remessa dos autos ao Tribunal Regional da 3ª região, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1407540-80.2018.8.12.0000 - Camapuã
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADVOGADO – SERVIÇO ESPECIALIZADO – VALOR QUE NÃO É CAPAZ DE CAUSAR ENRIQUECIMENTO DA PARTE OU PREJUÍZO AO ERÁRIO – NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DOLO OU CULPA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Para a configuração do ato de improbidade administrativa, faz-se necessário que a conduta do agente público e do particular que a induziu, para ela concorreu ou dela se beneficiou, resulte na percepção de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício da atribuição pública; ou no prejuízo patrimonial das entidades amparadas pela proteção legal (art. 1º); ou, ainda, na violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O objetivo precípua da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto.

Inexistem indícios mínimos de participação dos agravantes no suposto ato de improbidade administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Marinalva Paniago Ferreira e Karia Santos Barbosa interpõem agravo de instrumento contra a decisão de 1º Grau que recebeu a inicial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual e determinou a citação dos réus/agravantes para integrarem o polo passivo da demanda.

Aduzem as agravantes que os pareceres elaborados são de cunho opinativo lançados no processo administrativo sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de escritório de advocacia, bem como que foram devidamente fundamentos na lei em vigor; que a questão de fundo é já foi amplamente debatida e não é pacificada nos tribunais; que o parecer foi cancelado pelo Procurador do Município, o qual manteve

a opinião no sentido de inexigibilidade de licitação para a contratação que foi realizada pelo Prefeito, não havendo fundamentos para o recebimento da inicial da ação civil pública por improbidade administrativa.

Contraminuta às f. 918-922.

Parecer da PGJ às f. 927-933, opinando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Marinalva Paniago Ferreira e Karia Santos Barbosa interpõem agravo de instrumento contra a decisão de 1º Grau que recebeu a inicial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual e determinou a citação dos réus/agravantes para integrarem o polo passivo da demanda.

Da admissibilidade recursal

Inicialmente, registro que o agravo em análise satisfaz os requisitos formais de admissibilidade do Código de Processo Civil, é tempestivo (artigos 1.003, § 5º c/c 219, parágrafo único) e cabível (art. 17, § 10, da Lei 8.429/92).

Do mérito

Como é sabido, a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 devem ser aplicadas aos agentes públicos que, por ação ou omissão, venham a violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); causem prejuízo ao erário público (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública, tal qual a moralidade administrativa (art. 11).

De acordo com os ensinamentos de Waldo Fazzio Júnior:

“O ato de improbidade é o agir ou o não agir, isto é, a conduta comissiva ou omissiva do agente público, que investe contra a probidade administrativa. Enriquecimento ilícito (no art. 9º) é seu efeito subjetivo, a saber, sobre o agente público. Negativo, porque o agente público coloca interesse particular (seu ou de outrem) acima do interesse público. Lesão ao erário (no art. 10) é o efeito objetivo, de natureza econômica, ou seja, o prejuízo para o patrimônio público econômico. Assim, qualquer ato de improbidade administrativa atenta contra a probidade administrativa, entendida como síntese coordenada dos princípios constitucionais da Administração Pública. Vale considerar que o ato de improbidade administrativa é, sobretudo, um ilícito, uma conduta comissiva ou omissiva adversa a um dever.”¹

Da análise dos autos, extrai-se que não há uma correta correlação entre os fatos narrados e os tipos legais definidos nos artigos 10 e 11, da Lei nº 8.429/92.

Para a configuração do ato de improbidade administrativa, faz-se necessário, a princípio, que a conduta do agente público e do particular que a induziu, para ela concorreu ou dela se beneficiou, resulte na percepção de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício da atribuição pública; ou no prejuízo patrimonial das entidades amparadas pela proteção legal (art. 1º); ou, ainda, na violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

1 FAZZIO, Waldo Júnior. *Atos de improbidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Atlas, p. 77.

Imprescindível, ainda, para a configuração do ato ímprobo, a presença do elemento volitivo do agente: dolo, nos casos descritos nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92; e dolo ou culpa, nos demais casos abarcados pelo art. 10.

No caso *sub examine*, é possível verificar que não há elemento volitivo na conduta dos agentes que possa vir a caracterizar ato de improbidade administrativa, eis que o valor do contrato celebrado entre as partes é ínfimo, de forma que não é capaz de causar enriquecimento aos celebrantes, tampouco prejuízo ao erário (R\$ 8.703,00 mensais).

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

“(...) a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10” (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011).

Deveras, tenho que não é possível vislumbrar no caso dos autos culpa grave na conduta dos agravantes, quiçá a presença de dolo, requisito apto a gerar o prosseguimento da demanda no tocante à violação do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, não se vislumbra ação ilícita na conduta do recorrente somente pelos fatos narrados, tampouco prejuízo ao erário pela simples prática do ato administrativo atacado.

Tendo em vista a gravidade das sanções e das restrições impostas, a análise dos requisitos caracterizadores da conduta ímproba deve ser realizada com cautela. O objetivo precípua da Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador desonesto e, inexistindo indícios mínimos de participação dos agravantes no suposto ato de improbidade administrativa, não há que se falar em recebimento da inicial da ação.

Neste sentido é a jurisprudência de nosso Tribunal, vejamos:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – RECONHECIMENTO – SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO COMPROVADAS DE PLANO – ATO DE IMPROBIDADE INEXISTENTE - RECURSO PROVIDO. A contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação é admissível (artigos. 25, II e 13, V, da Lei 8.666/93). Desde que comprovado, de plano, o preenchimento dos requisitos legais (singularidade dos serviços e notória especialização), não há se falar em ato de improbidade, podendo a ação civil pública ser rejeitada, liminarmente, nos termos do que dispõe o art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa (incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001), para evitar uma lide temerária. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1411344-90.2017.8.12.0000, Sidrolândia, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 16/05/2018, p: 16/05/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SENTENÇA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973 – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA – SOBRESTAMENTO DO RECURSO – DESNECESSIDADE – FASE PRELIMINAR – NÃO RECEBIMENTO DA INICIAL – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ESPECIALIZADO – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – OBSERVÂNCIA

DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO DESPROVIDO Tendo em vista que a sentença recorrida foi proferida na vigência do CPC/1973, este é o regramento a ser observado na análise do recurso. No próprio RE 656.558/SP, invocado pelo recorrido, o Ministro relator entendeu pela desnecessidade de sobrestamento dos recursos relativos à matéria objeto dos autos, ainda que reconhecida a repercussão geral do tema. É possível a rejeição liminar da ação civil pública de improbidade administrativa quando o magistrado se convencer da inexistência de ato de improbidade, a teor do § 8º, do art. 17 da Lei nº 8.429/1992. No Supremo Tribunal Federal sedimentou-se o entendimento no sentido de que “a contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado”, o que foi atendido na hipótese dos autos. É inexigível a licitação para a contratação de advogado para a realização de serviço técnico especializado, com base no art. 13 c/c inciso II, § 1º, do art. 25, da Lei nº 8.666/93. (TJMS. Apelação nº 0801392-66.2015.8.12.0046, Chapadão do Sul, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 05/04/2017, p: 10/04/2017)

A rejeição da petição inicial por inexistência de ato ímprobo é possível e não viola o princípio do *in dubio pro societate*. Sobre os atos de improbidade administrativa, importante reproduzir as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

“A Lei nº 8.429/1992 agrupou os atos de improbidade em três categorias distintas, considerando os valores jurídicos afetados pela conduta suscetíveis de tutela: (1ª) atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); (2ª) atos de improbidade que causem prejuízo ao erário (art. 10); (3ª) atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11). (...) Quanto ao elemento subjetivo das condutas, antecipamos que algumas delas reclamam exclusivamente o dolo, ao passo que outras admitem a tipicidade também em virtude de culpa – tema de que nos ocuparemos adiante. Entretanto, é sempre indispensável a presença dos elementos subjetivos dolo ou culpa: sem eles ocorreria a responsabilidade objetiva, não admissível em nosso sistema jurídico. Desse modo, não se pode imputar conduta de improbidade a quem não tenha agido por mobilização dolosa ou culposa (...)” (Manual de Direito Administrativo. 26. ed. Atlhas, 2013, p. 1082-1083).

Assim, se o ato descrito na exordial não se amolda perfeitamente ao conteúdo dos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/1992, inexistente ato de improbidade administrativa. E, no caso em análise, não se verificam indícios de eventual conduta ímproba, com atuação dolosa ou culposa na contratação da prestação dos serviços de advocacia sem procedimento licitatório.

Por fim, não menos importante menciono o disposto no artigo 25 da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), dispositivo o qual prevê as hipóteses de inexigibilidade de licitação, dentre elas, a contratação de serviço técnico de natureza singular, como no caso dos autos.

Vejamos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

(...)

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Ainda, na mesma legislação, consta o artigo 13, o qual reza que o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas” é considerado serviço técnico profissional especializado, para fins da referida Lei. Destaco:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

*III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Assim, ainda que não fosse o caso de inexistência de elemento volitivo, o caso dos autos enquadra-se perfeitamente nas hipóteses do artigo supracitado.

Conclusão

Ante o exposto e contra o parecer, conheço do presente recurso e, no mérito, dou-lhe provimento para indeferir a inicial da presente ação civil pública, porquanto não evidenciada a prática do ato de improbidade administrativa pelos agravantes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800108-14.2015.8.12.0049 – Água Clara
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DETERMINAÇÃO DE INTERDIÇÃO DE DELEGACIA E REFORMA OU CONSTRUÇÃO PARA ABRIGAR A CADEIA PÚBLICA DE ÁGUA CLARA – IMPOSSIBILIDADE – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES – AO JUDICIÁRIO COMPETE APENAS FISCALIZAR A LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSÁRIO – CONTRA O PARECER DA PGJ – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra decisão de 1º Grau que julgou procedentes os pedidos formulados na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Assim concluiu o julgador de piso:

“Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, I, do CPC/2015 julgo procedentes os pedidos iniciais, declarando extinto o presente feito com resolução de mérito, a fim de determinar: a) a interdição em caráter definitivo da carceragem da delegacia de polícia de Água Clara-MS, ficando proibido o ingresso e a manutenção de preso nesta unidade prisional e, quanto aos presos que ali já se encontram custodiados, concedo o prazo de 30 (trinta) dias para a devida remoção, conforme disponibilização de vaga pela Agepen - Sejusp; b) a obrigação de fazer consistente na reforma ou construção de novo prédio a abrigar a Cadeia Pública de Água Clara, solucionando definitivamente os problemas apresentados, adequando as instalações aos regramentos legais, especialmente o artigo 88 da Lei de Execuções Penais, bem como a Resolução 09 de 18.11.2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, providenciando a lotação de agentes penitenciários quando de sua reabertura. Fixo multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês de inércia contado a partir do prazo de um ano do trânsito em julgado da sentença, a qual será revertida ao fundo penitenciário estadual ou outro equivalente; c) a obrigação de não fazer abstendo-se de abrigar presos provisórios além da capacidade e em desacordo com a legislação pertinente (artigos 88, 102 e 104 da LEP).”

Aduz o apelante que a decisão de piso ofende ao princípio da separação de poderes; que deve ser observado o princípio da reserva do possível; que diante do comando constitucional programático, qualquer ação ou investimento há de ser implementado por políticas públicas, não por ações isoladas; que inexistente omissão ante a existência de política pública sobre a situação carcerária, o que foi ignorado pelo julgador de piso; que a sentença é *contra legem*, eis que desrespeita o código de normas da corregedoria do nosso Estado, o qual prevê que “*verificada situação precária do prédio da cadeia pública, o juiz corregedor de presídios baixará portaria instaurando processo de interdição*”. Por fim, pede a exclusão da multa diária aplicada e prequestiona a matéria.

Contrarrazões às f. 1588-1633.

Parecer da PGJ às f. 1650-1666, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra decisão de 1º Grau que julgou procedentes os pedidos formulados na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Pois bem.

Inicialmente aduz o apelante que a decisão de piso ofende ao princípio da separação de poderes; que deve ser observado o princípio da reserva do possível; que diante do comando constitucional programático, qualquer ação ou investimento há de ser implementado por políticas públicas, não por ações isoladas; que inexistente omissão ante a existência de política pública sobre a situação carcerária, o que foi ignorado pelo julgador de piso.

Pois bem, como é sabido a Administração está adstrita à observância do princípio da legalidade e ao Judiciário compete revisar tão somente o aspecto legal dos atos administrativos, eis que o art. 2º da CF consagra a separação dos Poderes fulcrada na independência e harmonia entre os órgãos do poder político, o que resulta, com relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na ausência de subordinação funcional e no controle mútuo.

Ora, é importante mencionar que não é dado ao Poder Judiciário a competência para interferir no proceder da Administração Pública, exceto quando tratar-se da legalidade dos atos por ela praticados, sob pena de violação do Princípio da Separação e Independência dos Poderes.

De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“II. Controle jurisdicional dos atos administrativos. O Poder Judiciário pode exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos, no que tange à constitucionalidade e legalidade, sempre que o administrado alegar ameaça ou lesão a direito. Para tanto, é imprescindível que o ato administrativo já tenha sido praticado pela autoridade administrativa. Em caso de ato administrativo complexo, é necessário que se tenha completado para que haja, efetivamente, ato administrativo. O Poder Judiciário pode exercer esse controle porque, na verdade, não está interferindo na esfera do outro poder, mas julgando lide entre o administrado e a administração. Julgar lide é exercer jurisdição, tarefa típica do Poder Judiciário. O controle prévio, preventivo, de ato administrativo, isto é, controle jurisdicional sem que o ato tenha sido completamente praticado, obstaculizando a atividade do Poder Executivo por interferência antecipada do Poder

Judiciário, é admissível apenas em casos excepcionalíssimos, como, por exemplos, no de incompetência flagrante da autoridade para praticar o futuro ato. V. Palu. Atos de governo; Seabra Fagundes. Controle.” (Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 158) (destaquei)

No caso em tela, nota-se claramente a intenção do Ministério Público de intervir na discricionariedade inerente à Administração Pública, a quem compete, exclusivamente, definir quais as prioridades devem ser atendidas e quais ações devem ser realizadas, em todas as áreas, o que é vedado, de forma que, de fato, a solução para o problema carcerário de nosso país não será a realização de ações isoladas, muito menos quando impostas pelo Poder Judiciário, sendo necessária a implementação de políticas públicas para tanto.

Neste passo, compete ao Poder Judiciário somente fiscalizar a legalidade dos atos administrativos e, de acordo com os fatos narrados, não restou demonstrado que a Administração Pública tenha deixado de cumprir com sua obrigação de olhar para a população carcerária.

Aliás, conforme bem observado por Dirley da Cunha Júnior¹:

(...) os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder; só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes.

Desta feita, ante a ausência de comprovação de ilegalidade nos atos praticados pela administração ou ainda, omissão de socorro àqueles que dela necessitaram, entendo que a intervenção do Judiciário para simples adequação dos serviços prestados pelo Estado de Mato Grosso do Sul à sua conveniência, na forma de administrar o sistema carcerário do Município de Água Clara, sem observar, ao menos, a questão referente a disponibilidade orçamentária e de reserva de verbas públicas.

Neste sentido:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DISCRICIONARIEDADE.
1) Conquanto o poder judiciário, em situações excepcionais, possa determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, no caso concreto, embora a pretensão ministerial tenha por objetivo compelir o ente estatal a fomentar segurança pública. Direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Federal. De aplicação imediata e eficácia plena, as medidas impostas na sentença não se inserem na excepcionalidade e essencialidade para que se afaste a discricionariedade da administração pública na tutela das políticas públicas, porquanto se configuram intromissão pelo judiciário na atuação discricionária da administração pública. 2) Apelação provida.” (TJ-AP; APL 0000724-69.2007.8.03.0011; Câmara Única; Rel. Juiz Conv. Mário Mazurek; Julg. 27/09/2013; DJEAP 02/10/2013; Pág. 17) CF, art. 5

Ressalto que no caso em estudo, cabe à Administração Pública definir quais as providências a serem tomadas para amenizar as dificuldades enfrentadas no sistema carcerário, considerando que não deixa de prestar qualquer assistência necessária à dignidade dos presos, sendo, no caso, enfrentamento de problemas estruturais.

¹ In CAETANO, Marcello. *Apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010

Isto porque, o poder público deve adequar as necessidades dos cidadãos às suas possibilidades de atendimento, sem deixar de prestar socorro, conforme determina a Constituição Federal.

Por fim, esclareço que a forma como o Estado vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas, o que compete exclusivamente ao Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário determinar a realização de obras ou construções de cadeia pública.

Do prequestionamento

No que diz respeito ao prequestionamento realizado pela recorrente, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca do dispositivo legal invocado. Nesse sentido, o posicionamento deste Sodalício, *in verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO BANCÁRIO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – (...) – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – RECURSO IMPROVIDO.” (TJMS; Apelação Cível nº 2009.006947-2; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Órgão Julgador: 5ª Turma Cível; julgamento: 02.04.2009).

Dispositivo

Assim, sem mais delongas, contra o Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do presente recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, dou-lhe provimento, para reformar a sentença, julgando improcedentes os pedidos iniciais da ação civil pública, considerando não restar comprovada nos autos qualquer ilegalidade nos atos da administração, preservando, portanto, os princípios da discricionariedade e da separação dos poderes.

Quanto ao reexame necessário, conheço do mesmo e dou-lhe provimento, para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido inicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Órgão Especial
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0819620-35.2012.8.12.0001/50000
Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO PELOS DESEMBARGADORES DA 3ª CÂMARA CÍVEL – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 8º E 9º DA LEI ESTADUAL 240/80 – ACOLHIMENTO – DISPOSITIVOS QUESTIONADOS QUE ESTABELECEM INDEVIDA HIERARQUIZAÇÃO ENTRE AS FAMÍLIAS DECORRENTES DO CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL – TRATAMENTO DESIGUAL A CÔNJUGES E COMPANHEIROS NA LINHA DE BENEFICIÁRIOS DE PENSÃO POR MORTE – AFRONTA À INTELIGÊNCIA DO ART. 226, § 3º, DO TEXTO CONSTITUCIONAL – INCIDENTE ACOLHIDO.

É possível a realização do controle concreto de normas já revogadas, desde que vigentes ao tempo da violação do direito reclamado judicialmente. Trata-se, pois, da aplicação da regra do *tempus regit actum*. Precedentes.

Nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, é indevida a dispensa de tratamento desigual a cônjuges e companheiros, considerando que tanto o casamento quanto a união estável são formas admitidas de constituição familiar, não havendo respaldo jurídico para a concessão de tratamento não equânime às respectivas formas de família.

O STF, no julgamento do RE 646721/RS, da relatoria designada do Ministro Roberto Barroso, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, entendendo que o objeto contrariava o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da igualdade entre as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável.

Os arts. 8º e 9º da Lei Estadual 240/80, ao estabelecerem situação de preferência ao cônjuge supérstite, sem igual direito ao companheiro sobrevivente, estabelece relação de hierarquia entre o casamento e a união estável, rompendo o ideal de igualdade que deve permear o exame das entidades familiares formadas por cônjuges e companheiros.

O objeto deste incidente, ao romper a regra da igualdade familiar, afronta diretamente o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, padecendo, então, de inconstitucionalidade material.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, contra o parecer, julgar procedente a arguição, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Divoncir Shreiner Maranhão e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pelos Desembargadores membro da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos do Recurso de Apelação (Autos nº 0819620-35.2012.8.12.0001) interposto por Maria da Conceição Alves, remetendo para apreciação do Órgão Especial eventual inconstitucionalidade dos artigos 8º de 9º da Lei Estadual nº 240/80.

Em resumo, afirmaram que os dispositivos questionados, que tratam da linha de beneficiários de pensão por morte, afrontam o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, tendo em vista que estabelecem tratamento desigual entre cônjuges e companheiros, criando situação de hierarquia entre as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável.

O Estado de Mato Grosso do Sul, manifestando-se (f. 21-22), defendeu a desnecessidade de declaração de inconstitucionalidade, considerando que, atualmente, as normas impugnadas não estão mais em vigência.

No mesmo sentido foi o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 25-30), que opinou pela improcedência do presente incidente, pelo fato de as normas questionadas já estarem revogadas.

Em 23/05/2018, o presente incidente foi distribuído ao Des. Dorival Renato Pavan (f. 9), o qual, pelo despacho de f. 11, ante o término do seu mandato junto ao Órgão Especial, determinou a redistribuição do feito para o Des. Manoel Mendes Carli, seu sucessor eleito. A redistribuição ocorreu em 05/06/2018 (f. 12).

Posteriormente, nos termos do CSM nº 414 de 16 de julho de 2018, ocorreu, em 17/07/2018, nova redistribuição do feito (f. 14), sendo o presente incidente direcionado ao Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

No dia 18/11/2018, os autos foram relatados pelo Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (f. 33-34).

Na sequência, diante do encerramento do mandato do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso como membro do Órgão Especial, ocorreu nova redistribuição do feito, realizada em 18/10/2018 (f. 35), ocasião em que os autos foram encaminhados a este Desembargador, sucessor eleito como membro do Órgão Especial.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pelos Desembargadores membro da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos do Recurso de Apelação (autos nº 0819620-35.2012.8.12.0001) interposto por Maria da Conceição Alves, remetendo para apreciação do Órgão Especial eventual inconstitucionalidade dos artigos 8º de 9º da Lei Estadual nº 240/80.

Analisando os autos, constata-se que Maria da Conceição Alves ajuizou ação de conhecimento em face de AGEPREV (Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul), almejando, basicamente, o reconhecimento da responsabilidade civil da ré e sua condenação ao pagamento de indenização por danos material e morais.

Segundo a inicial, a autora foi companheira de Eduardo Versoza, militar, falecido em 19 de julho de 1998. Ante o óbito, a autora, entendendo-se beneficiária, ainda no ano de 1998, formulou pedidos administrativos junto à ré para o recebimento de pensão por morte, na condição de codependente com os filhos menores do casal. Entretanto, os pedidos foram indeferidos, com base nos arts. 8º de 9º da Lei

Estadual nº 240/80, legislação aplicada ao caso por ser a que estava em vigor na data do óbito, fato gerador da pensão. Anos mais tarde, porém, precisamente em 2002, após o reconhecimento judicial da união estável entre a autora e seu falecido companheiro, foi reconhecido à autora o direito de dependente, pelo que passou a ser beneficiária da pensão por morte. Ante esse contexto, a parte autora afirmou que a negativa infundada da parte ré, quanto aos primeiros pedidos administrativos formulados, causou-lhe danos, agravados pelo longo período de tempo em que foi indevidamente privada do crédito alimentar que alegava ter direito. Por isso, requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e compensação financeira dos danos morais.

Todavia, o pedido formulado na ação de conhecimento foi julgado improcedente, pois, segundo o juiz de primeiro grau, o indeferimento dos pedidos administrativos foi adequado, considerando o teor das normas previstas nos arts. 8º de 9º da Lei Estadual nº 240/80.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação cível, postulando, basicamente, a reforma da sentença e a procedência dos pedidos formulados na inicial. Em suas razões recursais, a autora suscitou a declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 8º de 9º da Lei Estadual nº 240/80.

O recurso foi distribuído à 3ª Câmara Cível desta Corte de Justiça, sob a Relatoria do Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Na sessão de julgamento realizada em 24 de abril de 2018, por unanimidade, os desembargadores, de ofício, suscitaram o presente incidente de inconstitucionalidade, determinando a remessa dos autos ao Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, com suspensão do julgamento do mérito da ação principal, nos termos do voto do então relator.

Em 23/05/2018, o presente incidente foi distribuído ao Des. Dorival Renato Pavan (f. 9), o qual, pelo despacho de f. 11, ante o término do seu mandato junto ao Órgão Especial, determinou a redistribuição do feito para o Des. Manoel Mendes Carli, seu sucessor eleito. A redistribuição ocorreu em 05/06/2018 (f. 12).

Posteriormente, nos termos do CSM nº 414 de 16 de julho de 2018, ocorreu, em 17/07/2018, nova redistribuição do feito (f. 14), sendo o presente incidente direcionado ao Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

No dia 18/11/2018, os autos foram relatados pelo Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (f. 33-34).

Na sequência, diante do encerramento do mandato do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso como membro do Órgão Especial, ocorreu nova redistribuição do feito, realizada em 18/10/2018 (f. 35), ocasião em que os autos foram encaminhados a este Desembargador, sucessor eleito como membro do Órgão Especial.

O Estado de Mato Grosso do Sul, manifestando-se (f. 21-22), defendeu a desnecessidade de declaração de inconstitucionalidade, considerando que, atualmente, as normas impugnadas não estão mais em vigência.

No mesmo sentido foi o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 25-30), que opinou pela improcedência do presente incidente, pelo fato de as normas questionadas já estarem revogadas.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame do presente incidente.

Antes de mais nada, reputo essencial esclarecer que, ao contrário do que afirmado pelo Estado e pela Procuradoria-Geral de Justiça em suas respectivas manifestações, a despeito das normas questionadas,

atualmente, não mais vigorem no ordenamento jurídico, ainda há interesse na apreciação da alegação de inconstitucionalidade.

No presente caso, a discussão gira em torno de controle concreto, hipótese em que a inconstitucionalidade ou não da norma é apreciada como questão incidente no âmbito de um processo subjetivo, cuja solução é imprescindível para o exame do mérito.

Trata-se, então, de controle de constitucionalidade que tem origem em demanda subjetiva, em que o exame da compatibilidade da norma com o texto constitucional é meio necessário para o exame da alegada violação de direitos subjetivos.

Assim, no controle concreto, como no caso, o exame da constitucionalidade da norma não é um fim em si mesmo. Trata-se, em verdade, de discussão essencial e imprescindível para a resolução do litígio apresentado pelas partes ao Poder Judiciário.

Nesse tipo de controle, o importante é examinar a vigência da norma questionada na data em que ocorreu a violação do direito subjetivo discutido no processo. Vale dizer, o que interessa é verificar se o objeto vigia na data em que surgiu o conflito, a fim de apreciar os impactos da norma, então vigente, no litígio.

Nesse contexto, pouco importa se houve a revogação superveniente da norma impugnada. Repita-se, o que é relevante é a sua vigência na data do surgimento do conflito, a fim de examinar a possível repercussão dessa norma, de constitucionalidade questionada, sobre o direito judicialmente discutido.

Trata-se, pois, da aplicabilidade da regra do *tempus regit actum*.

Enfim, no controle difuso concreto, o que deve ser levado em consideração é a lei vigente na época em que o fato ocorreu.

Nesse sentido, aliás, foram as ponderações feitas pela Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 721-553/MG, ocorrido em 17/03/2017. Veja:

“Remanesce, por fim, o exame da suscitada inconstitucionalidade na elaboração da Lei 12.971/1998 do Estado de Minas Gerais.

Cumpre analisar, a priori, a viabilidade de se declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de norma já revogada.

O controle de constitucionalidade pela via difusa volta-se à regulação de situações concretas. A declaração de inconstitucionalidade aí obtida não é dotada de efeitos erga omnes, como no controle concentrado, mas inter partes. Se, por um lado, a revogação de uma lei questionada pela via direta provoca a perda do objeto da ação, o mesmo não acontece quando o controle de constitucionalidade se dá de forma incidental, caso em que a validade da norma não se constitui no objeto da ação, mas questão prévia, prejudicial ao julgamento do litígio, tal como na espécie.

Tendo o dispositivo legal em questão gerado efeitos durante o período em que permaneceu vigente, remanesce o interesse das partes em vê-lo afastado da relação jurídica levada a juízo, considerada a eficácia ex tunc da pretendida declaração de inconstitucionalidade, uma vez que a revogação da norma não tem o condão de desconstituir os resultados já produzidos. (Destaquei).

Eis a ementa do referido julgado:

*“EMENTA – DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – FATO SUPERVENIENTE – ART. 493 DO CPC/2015 – INAPLICABILIDADE EM SEDE EXTRAORDINÁRIA – INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA – MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL AFIRMADA NO ARE 639.228-RG/RJ – ALEGADA AFRONTA AOS ARTS. 127 E 129 DA LEI MAIOR – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 284/STF – NORMA REVOGADA – CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE – LEI 12.971/1998 DO ESTADO DE MINAS GERAIS – AGÊNCIAS BANCÁRIAS – INSTALAÇÃO DE DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONALIDADE – RELAÇÃO DE CONSUMO – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE – PRECEDENTES – AGRAVO REGIMENTAL MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. É inaplicável, em sede extraordinária, o comando do art. 493 do CPC/2015, que dispõe sobre a análise de fato superveniente em juízo, salvo em circunstâncias especialíssimas, como a alteração da competência constitucional, consoante a jurisprudência desta Suprema Corte. 2. O Plenário Virtual desta Corte, ao exame do ARE 639.228-RG/RJ, manifestou-se pela inexistência de repercussão geral do tema atinente à suposta afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ante o indeferimento de produção de prova em processo judicial, dado o caráter infraconstitucional da matéria. 3. A ausência de fundamentação quanto aos dispositivos apontados como violados atrai a aplicação da Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” 4. **Remanesce o interesse da parte em ver declarada a inconstitucionalidade de norma revogada, tendo em vista os efeitos gerados durante sua vigência.** Consoante precedentes desta Corte, é constitucional a Lei 12.971/1998 do Estado de Minas Gerais, que prevê a instalação de dispositivos de segurança nas agências bancárias, considerada a competência concorrente entre União e Estados federados para legislar em matéria de segurança nas relações de consumo (art. 24, incisos V e VIII e § 2º, da Carta Magna). 5. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à consonância entre o acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. 6. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 721553 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 17/03/2017, Processo Eletrônico DJe-067 Divulg 03-04-2017 Public 04-04-2017).” (Destaquei).*

No mesmo sentido, há outro precedente do STF:

*“CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – VIÚVA DE SERVIDOR – CF/69 – RECEBIMENTO DE PENSÃO INTEGRAL – LEI AUTORIZADORA – REVOGAÇÃO – CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. 1. Parágrafo 2º do art. 117 da Lei 6.745/85 do Estado de Santa Catarina, instituído por emenda parlamentar, que permitia o pagamento de pensão integral a dependentes de servidor falecido por causa de doença grave. Aumento de despesa. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Precedentes: RE 134.278 e Rp 890. 2. Superada a controvérsia em torno da constitucionalidade da norma discutida, torna-se prejudicada a questão da existência de direito adquirido ao recebimento de pensão integral em face de lei posterior que a revogou. 3. **Esta Suprema Corte entende que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada. Se tal norma, porém, gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes, por meio do controle difuso.** Precedente: ADI 1.436. 4. Art. 40, § 7º, da CF/88. Inaplicabilidade. Discussão referente a proventos recebidos antes da promulgação da atual Constituição. 5. Agravo regimental improvido. (RE 397354 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 18-11-2005 PP-00021 Ement Vol-02214-03 PP-00552).” (Destaquei).*

Esse também é o entendimento dos Tribunais de Justiça pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO LEGAL – REJEIÇÃO – DIREITO PREVIDENCIÁRIO – AÇÃO ACIDENTÁRIA – EMPREGADO DOMÉSTICO – FATO ANTERIOR A LC 150/2015 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Por se tratar de questão de ordem pública, cognoscível de ofício pelo magistrado a qualquer tempo, a arguição de inconstitucionalidade não é alcançável pelo óbice da supressão de instância. 2. A superveniente revogação da norma impugnada tampouco consiste em óbice para a apreciação da alegação de inconstitucionalidade incidental. Isso porque a vigência da norma consiste em pressuposto apenas do controle abstrato de constitucionalidade dos atos normativos, cuja finalidade precípua é a higidez do ordenamento jurídico em face da Carta Maior, de modo que situações concretas eventualmente regidas pela lei revogada revelam-se irrelevantes. Esse raciocínio não se aplica ao controle difuso, cuja finalidade primordial é justamente a aplicação do direito ao caso concreto, e não a fiscalização abstrata da compatibilidade da legislação com a Constituição Federal. Ademais, enquanto vigeu, a norma produziu seus efeitos, os quais a parte pretende afastar para o julgamento da sua causa, sob o pálio de que seria inconstitucional. 3. Mostra-se inviável considerar o art. 18, § 1º, da Lei nº 8.213/91 nulo, sob o fundamento de isonomia, quando a própria Carta Maior foi modificada posteriormente para instaurar novo regime de direitos para os empregados domésticos. 4. O controle de constitucionalidade das normas de seguridade social deve atentar para o caráter democrático da gestão do sistema e para a necessidade de prévio custeio de benefícios ampliados (artigos 194, inciso VII, e 195, § 5º, da Constituição Federal). A inobservância dessas balizas torna a intervenção judicial, ainda que para prestigiar valores constitucionais, ilegítima. 5. Os benefícios previdenciários são regulados pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão? (RE 567360 ED, Relator (a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, Processo Eletrônico DJe-148 Divulg 06-08-2009 Public 07-08-2009). 6. A possibilidade de concessão de benefício acidentário ao trabalhador doméstico surgiu com a Lei Complementar nº 150/2015, a qual regulamentou a EC 72/2013 e expressamente incluiu a categoria no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.213/91. 7. A suplicante não faz jus ao recebimento de benefício decorrente de acidente de trabalho, uma vez que o fato ocorreu em 26/11/2014, e, portanto, em período anterior à vigência da Lei Complementar nº 150/2015. 8. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-DF 07036414520178070015 DF 0703641-45.2017.8.07.0015, Relator: Luís Gustavo B. de Oliveira, Data de Julgamento: 24/10/2018, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/11/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada).” (Destaquei).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Guarujá. Serra do Guararu. LCM nº 43/98. Resolução SC nº 48/92 (Tombamento). Estudos e projetos visando adequar a ocupação e exploração turística. Ação visando impedir a aprovação de propostas de ocupação. – 1. Acórdão STJ. Observância. O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.188.001-SP, 2ª Turma, 7-12-2010, Rel. César Asfor Rocha teve por objeto apenas a adequação do pedido de declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum dos art. 5º, XV e XVI, 8º, II, 9º, XII, 38 a 48 da LCM nº 43/98 formulado no bojo da ação civil pública, não possuindo a extensão entrevista pelo autor. A sentença, ao dispor livremente sobre questões e pedidos não apreciados por aquele acórdão, em nada o viola. Preliminar rejeitada. – 2. Cerceamento de defesa. Prova pericial. O juiz pode indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, conforme art. 130 do CPC/73 (art. 370, parágrafo único do CPC). A negativa de realização da prova pericial multidisciplinar, de pertinência não demonstrada pelo Ministério Público ante os pedidos formulados na inicial, não representa cerceamento de defesa, nem violação aos art. 5º, LV da CF e art. 131 do CPC/73 (art. 371 do CPC). Preliminar rejeitada. – 3. LCM nº 43/98. **Inconstitucionalidade. Revogação.** Embora não se admita o controle concentrado de constitucionalidade de lei revogada ou norma temporária cuja vigência tenha se esaurido, o mesmo não ocorre quando o controle de constitucionalidade se dá de forma incidental. Precedentes do STF.

Os autos, no entanto, não indicam que a LCM nº 43/98, revogada pela também revogada LCM nº 108/07, tenha produzido efeitos concretos danosos ao meio ambiente. Nada indica que propostas nela baseadas tenham sido postas em prática, tampouco favorece o autor a singela afirmação de que a lei descuidou da proteção ambiental. Houve perda superveniente do interesse processual neste particular. – 4. Proposta e contraproposta. Aprovação. Proibição. Não cabe ao juiz proibir que os órgãos da administração pública aprove projetos, propostas ou concedam qualquer tipo de licença ou autorização para intervenção na Serra do Guararu; é incursão indevida em atribuição própria à administração que ignora possíveis alterações legislativas e outros meios de proteção ambiental, quando a lei permite, a ser ponderada e definida pelos órgãos competentes. A intervenção judicial se faz a posteriori, caso a aprovação, licença ou intervenção seja ilegal, no caso concreto. As alterações legislativas havidas no curso da lide (como a revogação da impugnada LCM nº 43/98 e a edição do DM nº 9.948/12, que criou a APÁ Municipal Serra do Guararu) associadas ao decurso do tempo desde o ajuizamento denotam a obsolescência das propostas aqui impugnadas e a necessidade de novos estudos e providências para eventuais intervenções na Serra do Guararu. Fica prejudicada a extensa análise feita pelo juiz quanto à validade da proposta. – Parcial procedência. Recurso do Ministério Público desprovido. Recurso oficial, do Estado e do município providos para julgar improcedente a ação. (TJ-SP - APL: 00110165920038260223 SP 0011016-59.2003.8.26.0223, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 06/09/2018, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 10/09/2018)”. (Destaquei).

APELAÇÃO CÍVEL – CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA – FUNBEN – INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO FUNDO – LEI ESTADUAL REVOGADA – EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO DE VALORES – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 188 DO STJ – CABIMENTO – PRECEDENTE DA 2ª CÂMARA – APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Por se tratar de prestações de trato sucessivo, a prescrição não atinge o fundo de direito, sendo atingidas apenas as prestações vencidas antes do quinquídio anterior à propositura da ação, nos exatos termos da Súmula nº. 85 do STJ. II - É inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada, porém, se esta gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes, por meio do controle difuso. Precedente do STF. III - Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da lei que instituiu o tributo, há para o contribuinte o direito à restituição dos valores retirados do seu patrimônio sem justificativa legal. IV - Em se tratando de repetição de indébito deve incidir a Súmula 188 do STJ para determinar o cálculo dos juros a partir do trânsito em julgado da sentença. V - Apelo parcialmente provido. (TJ-MA - APL: 0081912013 MA 0000353-04.2011.8.10.0001, Relator: Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, Data de Julgamento: 04/06/2013, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 05/06/2013).” (Destaquei).

Finalmente, também é esclarecedora a explanação feita em artigo acessível na rede mundial de computadores¹, onde a questão discutida foi assim tratada:

“A declaração de inconstitucionalidade de norma revogada, via controle difuso, também é possível. A ADIn, por sua vez, jamais terá por objeto direito revogado. No controle incidental será legítima a pretensão do indivíduo de ver reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei já revogada, desde que ela, enquanto vigente, tenha lhe gerado alguma eficácia. Isso porque com a revogação da lei, não são afetados os seus efeitos passados, que continuam intactos. Os efeitos serão apenas ex nunc. Assim, com a revogação da lei, os efeitos por ela já produzidos não são afetados. O

¹ <https://permissavenia.wordpress.com/2010/08/16/aspectos-do-controle-difuso-de-constitucionalidade/>

indivíduo por ela prejudicado, então, poderá requerer judicialmente a declaração de sua inconstitucionalidade, para o fim de afastar a sua aplicação em relação ao período no qual a lei revogada possuiu eficácia.” (Destaquei).

Assim, embora atualmente revogados, os dispositivos questionados podem ser perfeitamente apreciados sob o prisma do controle concreto de constitucionalidade.

Superada essa análise, passo ao efetivo exame do mérito, que se restringe à análise da compatibilidade dos objetos com o texto da Constituição Federal.

Atualmente, vivencia-se o neoconstitucionalismo, fase do pensamento jurídico cujas principais marcas são a supremacia da Constituição Federal, a força normativa dos princípios e o fortalecimento da jurisdição constitucional.

Nesse contexto, a Constituição Federal assume o papel de principal norma do ordenamento jurídico, condicionando a validade de todas as demais normas do direito objetivo. É dizer, portanto, que a atividade legislativa está formal e materialmente limitada pelo texto constitucional.

Compete, pois, ao Poder Judiciário o controle dessa relação de compatibilidade entre a atividade legislativa e o texto constitucional, sendo admitida a declaração de inconstitucionalidade da norma que violar a Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade pode ser desenvolvido em processo objetivo, de modo abstrato e concretado, quando a intenção é a manutenção da unicidade do ordenamento jurídico, sem que a discussão envolva litígio. Pode, ainda, ser realizado em processo subjetivo, de modo difuso e concreto, quando o controle é necessário para a solução de um conflito subjetivo.

No caso, como já adiantado, os dispositivos legais são questionados em sede de controle concreto de constitucionalidade, considerando que essa discussão é prévia e incidental à resolução de uma controvérsia principal.

O objeto sobre o qual recai a alegação de inconstitucionalidade diz respeito aos artigos 8º de 9º da Lei Estadual nº 240/80, os quais assim dispõem:

“Art. 8º Consideram-se dependentes, para os efeitos desta Lei:

I - a esposa, o marido inválido e os filhos solteiros de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos;

II - a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos;

III - o pai e/ou mãe inválidos, sem rendimentos próprios e sem amparo de outro órgão previdenciário, e que viva às expensas do segurado;

IV - a mãe viúva, solteira, separada judicialmente, desquitada, divorciada ou inválida, sem rendimentos próprios e sem amparo de outro órgão previdenciário, que viva às expensas do segurado;

V - os irmãos de qualquer condição, órfãos de pai e mãe, menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, sem rendimentos próprios e sem amparo de outro órgão previdenciário, que viva às expensas do segurado;

VI - os enteados, até 21 (vinte e um) anos ou inválidos;

VII - o menor sob a posse e guarda do segurado, até a idade de 18 (dezoito) anos;

VIII - o menor sob tutela do segurado, até a idade de 18 e que não possua bens suficientes para o próprio sustento.

Art. 9º A existência de dependentes em qualquer das classes previstas nos incisos I, VI e VII do artigo 8º, exclui do direito aos benefícios pecuniários os demais dependentes.”

Como se pode observar, as normas impugnadas estabeleciam regras para a concessão de pensão por morte, estabelecendo a ordem preferencial dos dependentes aptos a se habilitarem na condição de beneficiários do falecido.

O fundamento que embasou a alegação de inconstitucionalidade dos dispositivos acima exaltados repousa no fato de que *“a norma estadual colocou a companheira em condição inferior à do cônjuge, outorgando o benefício primeiramente aos filhos e apenas secundariamente (...) à companheira”* (f. 3).

Noutro falar, as normas em questão estabeleceram tratamento desigual às figuras do cônjuge e do companheiro, prevendo posição hierárquica entre ambos na linha dos possíveis beneficiários da pensão por morte.

Nesse contexto, a norma extraída dos dispositivos acima citados realmente é incompatível com o texto constitucional, padecendo, assim, de inconstitucionalidade material. Explico.

Bem se sabe que a Constituição Federal de 1988 é considerada como um marco no ordenamento jurídico brasileiro, pois elevou a dignidade da pessoa humana à posição de eixo fundamental de toda a estrutura jurídica pátria. Isso significa dizer que toda a normatividade infraconstitucional deve ser estruturada na busca da satisfação dessa diretriz fundamental, estabelecendo meios para que os cidadãos vivam de forma digna, com respeito aos seus direitos e deveres necessários à consagração do bem estar geral.

Essa nova visão, a propósito, foi uma das tendências particulares do chamado neoconstitucionalismo, que, instituindo nova carga axiológica ao sistema jurídico, afastando-o de um cenário outrora patrimonialista e individualista, promoveu uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito, dando ênfase à proteção do indivíduo e à satisfação de suas necessidades básicas em busca de uma vida digna.

Foi, então, com base nessa nova concepção axiológica, que o constituinte originário previu a norma constitucional do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, tratando da união estável como uma das formas de entidade familiar.

Nessa perspectiva, a intenção foi equiparar a união estável à forma até então tradicional de entidade familiar, que era o casamento, buscando possibilitar um tratamento equilibrado à situação dos cônjuges e companheiros, despidos de diferenciações infundadas ou que causem desequilíbrios arbitrários.

Em última análise, almejou-se, em verdade, a proteção da dignidade humana dos indivíduos componentes de entidades familiares formadas a partir de união estável, possibilitando-lhes o gozo dos mesmos direitos garantidos às demais entidades familiares, a exemplo do casamento, de modo a viabilizar a dispensa de um tratamento com o mesmo grau de valia, respeito e consideração, compatíveis com uma vida digna.

Conclui-se, assim, que a Constituição Federal estabeleceu um tratamento padronizado entre as diversas formas de constituição familiar, notadamente a união estável e o casamento, afastando qualquer tipo de hierarquização entre esses tipos de família.

É evidente que há diferenças entre o casamento e a união estável, decorrentes, por exemplo, da forma de constituição, comprovação e extinção. Entretanto, o que deve ficar claro é que não há relação de hierarquia entre cônjuges e companheiros, devendo ambos serem tratados de forma equivalente, como já dito.

Aliás, embasando-se nessa mesma linha de raciocínio, da inexistência de relação hierárquica entre cônjuges e companheiros, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 646721/RS, nos termos do voto do Relator designado Ministro Roberto Barroso, declarou a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, que estabelecia regime sucessório peculiar à união estável, diferente daquele aplicado ao casamento.

Em seu brilhante voto, o Ministro Roberto Barroso deixou claro que o texto constitucional, no art. 226, § 3º, equiparou as formas familiares decorrentes do casamento e da união estável, pelo que seria indevida a aplicação de regimes sucessórios diferenciados entre cônjuges e companheiros. Por isso, definiu a aplicabilidade do mesmo sistema de sucessão ao casamento e à união estável, sendo aquele previsto no art. 1829 do Código Civil.

Veja, a propósito, a didática fundamentação exposta pelo Ministro, que guarda absoluta pertinência com a questão discutida no presente caso:

“(…). 10. (...). Na história brasileira, em decorrência da forte influência religiosa, o conceito jurídico de família esteve fortemente associado ao casamento. Seu objetivo principal era a preservação do patrimônio e da paz doméstica, buscando-se evitar interferências de agentes externos nas relações intramatrimoniais e nas relações entre pais e filhos. Nesse sentido, todas as Constituições anteriores à de 1988 que trataram expressamente do tema dispunham que a família se constitui pelo casamento. Em sentido similar, no plano infraconstitucional, o CC/1916 dispunha que a família legítima era criada pelo casamento (art. 229).

11. Até pouco tempo atrás, o prestígio ao matrimônio tinha suporte em uma concepção da família como ente autônomo, e não como um ambiente de desenvolvimento dos indivíduos. A família era tutelada pelo Estado ainda que contra a vontade de seus integrantes, ou seja, independentemente dos custos individuais a serem suportados. Durante a segunda metade do século XX, porém, operou-se uma lenta e gradual evolução nesta concepção na sociedade brasileira, com o reconhecimento de múltiplos modelos de família. Nesse período, parcela significativa da população já integrava, de fato, núcleos familiares que, embora não constituídos pelo casamento, eram caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum. Era o caso de uniões estáveis, inclusive homoafetivas, e também de famílias monoparentais, pluriparentais ou anaparentais. Na estrutura social, o pluralismo das relações familiares sobrepôs-se à rigidez conceitual da família matrimonial. Contudo, muito embora tais entidades pudessem ser socialmente identificadas como núcleos familiares, elas não recebiam reconhecimento jurídico adequado.

12. Sensível às mudanças dos tempos, a Constituição de 1988 aproximou o conceito social de família de seu conceito jurídico. Três entidades familiares passaram a contar com expresse reconhecimento no texto constitucional: (i) a família constituída pelo casamento (art. 226, § 1º); (ii) a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º); e (iii) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4º). A Constituição rompeu, assim, com o tratamento jurídico tradicional da família, que instituía o casamento como condição para a formação de uma família ‘legítima’.

13. A consagração da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico e como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/1988) foi o vetor e o ponto de virada para essa gradativa ressignificação da família. A

Carta de 1988 inspirou a repersonalização do Direito Civil, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana é o centro das preocupações do Direito, que é dotada de dignidade e que constitui um fim em si próprio. A família passou, então, a ser compreendida juridicamente de forma funcionalizada, ou seja, como um instrumento (provavelmente o principal) para o desenvolvimento dos indivíduos e para a realização de seus projetos existenciais. Não é mais o indivíduo que deve servir à família, mas a família que deve servir ao indivíduo.

14. Paralelamente, modificou-se a compreensão a respeito do papel do Estado na proteção das relações familiares. Ao Estado importa garantir a possibilidade de autorrealização dos indivíduos, assegurando o ambiente e os meios propícios para que possam perseguir as suas próprias concepções de vida boa. Essa missão é a justificativa e também o limite do Estado para intervir nas relações familiares e na liberdade dos indivíduos. É, portanto, sua justa medida. Qualquer intervenção a mais ou a menos será tida como ilegítima.

15. Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional 5. Como assentou o Min. Marco Aurélio no julgamento da ADPF 132,

‘Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito ‘das famílias’, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto ‘instituição-fim em si mesmo’, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe’.

(...).

25. ***Em relação à igualdade entre as famílias, é certo que a Constituição de 1988, em seu artigo 226, não equiparou de forma absoluta o casamento às demais entidades familiares, ao dispor, no § 3º, que ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’.*** À luz do texto constitucional, casamento e união estável são, assim, organizações familiares distintas. Caso não o fossem, não haveria sentido tratá-las em trechos distintos da Constituição, nem se afirmar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

26. Na verdade, há várias diferenças entre casamento e união estável, que decorrem de fatores diversos, como os modos de constituição, de comprovação e de extinção. ***A questão que se coloca, porém, é saber se é possível extrair do art. 226 alguma hierarquia constitucional entre as formas de constituição de família, que autorize a instituição de regimes sucessórios diversos em relação a elas. Entendo que não. A ilegitimidade da hierarquização das formas de famílias pode ser demonstrada a partir dos quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático.***

27. Em primeiro lugar, a **interpretação semântica**, também referida como gramatical, literal ou filológica. O art. 1.790 do CC/2002 estabelece, de forma inequívoca, que **a família tem especial proteção do Estado, sem fazer qualquer menção a um modelo familiar que seria mais ou menos merecedor dessa proteção. Veja-se: o art. 226, seja em seu caput, seja em seu § 3º, não traça qualquer diferenciação entre o casamento e a união estável para fins de proteção estatal.** Se o texto constitucional não hierarquizou as famílias para tal objetivo, o legislador infraconstitucional não deve poder fazê-lo.

28. Em segundo lugar, a **interpretação teleológica** reforça a inexistência de hierarquia entre ambas as formas de constituição familiar. Parece inequívoco que a finalidade da norma é garantir a proteção das **famílias como instrumento para a própria tutela de seus membros. Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para tanto, a família desempenha um papel essencial, é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares igualmente formadas pelo afeto e pelo desejo de comunhão de vida, e igualmente capazes de contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes.** Daí poder-se concluir que a Constituição impede a discriminação entre indivíduos unicamente como resultado do tipo de entidade familiar que formam. **Todos os indivíduos têm direito a igual proteção legal, sejam eles cônjuges ou companheiros, sejam eles casais homoafetivos ou heteroafetivos.**

29. Em terceiro lugar, a **interpretação histórica** do dispositivo constitucional aponta para o mesmo resultado. A partir dos anais da Constituinte de 1987/1988, percebe-se que **a inspiração da norma do art. 226 da CF/1988 foi inclusiva, e não segregativa.** Não se buscou dividir as famílias em classes de primeira e segunda ordem. Muito pelo contrário, **o objetivo foi ampliar a proteção estatal às diversas configurações familiares (biológicas e afetivas) existentes de fato na sociedade, mas juridicamente desamparadas até então.** Tudo isso com o objetivo de assegurar que todos possam ser igualmente respeitados e protegidos, independentemente da formalização de suas uniões pelo matrimônio. Nesse sentido, **a defesa de uma hierarquia entre casamento e união estável vai de encontro à vontade originária do constituinte, em nítida interpretação involutiva.**

30. Por fim, a **interpretação sistemática** traz uma importante contribuição para a análise do ponto. Como se sabe, o sistema constitucional, como qualquer outro, pressupõe unidade e harmonia. No caso em exame, cabe verificar as interações entre o caput e os parágrafos do art. 226, bem como de outros dispositivos constitucionais que tratam dos papéis da família. Apesar de não reconhecer qualquer diferença entre as entidades familiares para fins de proteção estatal, a parte final do §3º do art. 226 da CF/1988 estipula que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Está implícita nesta cláusula a possibilidade de o legislador infraconstitucional traçar contornos distintos para as duas entidades familiares. Afinal, se a lei deve facilitar a conversão de uma em outra, pressupõe-se que ambas são figuras juridicamente (e não apenas socialmente) distintas. Todavia, a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988 (e.g., arts. 205, 226, § 7º, 227, 230), que trazem a noção de funcionalização da família, só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desiguando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.

31. **Se o papel de qualquer entidade familiar constitucionalmente protegida é contribuir para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos indivíduos, será arbitrária toda diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família em relação a outro, diminuindo o nível de proteção estatal aos indivíduos somente pelo fato de não estarem casados.** Desse modo, a diferenciação de regimes entre casamento e união estável somente será legítima quando não promover a hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra. Por outro lado, se a diferenciação entre os

regimes basear-se em circunstâncias inerentes às peculiaridades de cada tipo de entidade familiar; tal distinção será perfeitamente legítima. É o caso, por exemplo, da diferença quanto aos requisitos para a comprovação do casamento e da união estável. O casamento é um instituto formal, solene, e permite às partes comprovarem o estado civil de casadas com a mera exibição da certidão matrimonial, independentemente de prova de convivência.

32. *Diferentemente, a união estável pressupõe (como demonstra o próprio nome) que as partes estejam em uma relação constante e prolongada no tempo, com a finalidade de constituição de família. Este último elemento é o traço que a distingue, por exemplo, de outros tipos de relações amorosas informais. No entanto, não há formalidade para a constituição da união estável: ela decorre dos fatos da vida. É justamente nesse ponto que se pode identificar o motivo pelo qual o texto constitucional optou por facilitar a conversão da união estável em casamento. Entra em cena a questão da segurança jurídica.*

33. *Conclui-se, então, que a facilitação da conversão da união estável em casamento não reflete suposta preferência hierarquizada do casamento em relação à união estável. Representa, sim, o desejo estatal de garantir maior segurança jurídica nas relações sociais. Seria mais seguro e conveniente para o sistema jurídico que todas as uniões fossem formalizadas pelo casamento. Mas uma coisa é ser mais seguro, e outra, totalmente diferente, é constituir condição para que os indivíduos sejam tratados com igual respeito e dignidade. **Como decorrência lógica da inexistência de qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares e do direito a igual proteção legal de todas as famílias, é inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, ao prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável.** Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia estabelecer, como regra geral, regime diverso e menos protetivo para o companheiro.*

(...).

40. *Fica claro, portanto, que o art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Constituição Federal. Além da **afrenta à igualdade de hierarquia entre entidades familiares**, extraída do art. 226 da Carta de 1988, violou outros três princípios constitucionais, (i) o da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e (iii) o da vedação ao retrocesso. (...).*” (Destaquei).

Embora o julgamento do STF tenha decidido questão relacionada ao regime sucessório, fato é que os fundamentos utilizados pelo Relator designado, acima destacados, aplicam-se perfeitamente ao presente caso, pois deixam clara a inexistência de hierarquia entre as entidades familiares formadas pelo casamento e pela união estável, o que decorre da interpretação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

No presente caso, voltando os olhos ao texto normativo dos dispositivos questionados (arts. 8º e 9º da Lei Estadual nº 240/80), constata-se que há evidente tratamento desigual dispensado aos cônjuges e companheiros.

De acordo com a ordem preferencial para recebimento de pensão por morte estabelecida nos dispositivos, a cônjuge supérstite tem posição preferencial na ordem de beneficiários, figurando, numa mesma classe, como cobeneficiária em conjunto com o “*marido inválido ou filhos solteiros (...) menor de 21 (vinte e um) anos ou inválidos*” (art. 8º, I).

Diferentemente, porém, é o caso do companheiro (art. 8º, III), a quem a lei atribuiu a condição de beneficiário residual, somente no caso de inexistir dependentes de outras classes, a exemplo da classe do art. 8º, I. É o que diz o art. 9º.

Nota-se, aí, evidente desequiparação entre cônjuges e companheiros. O companheiro somente será beneficiário se não houver conjuge supérstite. A Lei, nesse ponto, deu maior relevância ao casamento como entidade familiar, conferindo tratamento inferior à união estável, o que não se coaduna com a explanação acima feita.

Conclui-se, assim, que os arts. 8º e 9º da Lei Estadual nº 240/80 padecem de inconstitucionalidade material, tendo em vista que contrariam o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que equipara o casamento e a união estável como formas de entidade familiar, reconhecendo os mesmos direitos a cônjuges e companheiros.

É, portanto, o caso de acolhimento deste incidente.

Posto isso, contra o parecer, acolho o presente incidente, a fim de declarar a inconstitucionalidade material dos arts. 8º e 9º da Lei Estadual nº 240/80, vigente em 19 de julho de 1998, por afronta ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que prevê a igualdade entre as famílias decorrentes do casamento e união estável, determinando-se, como consequência, a equiparação de cônjuges e companheiros na linha de beneficiários da pensão por morte tratada na referida Lei.

Prevalecendo este entendimento, na forma do art. 507, § 1º, do RITJMS, devolva-se os autos à 3ª Câmara Cível deste Tribunal, para que aprecie a causa de acordo com o que restou decidido na matéria prejudicial examinada neste incidente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, contra o parecer, julgaram procedente a arguição, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, os desembargadores Divoncir Shreiner Maran e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0802085-07.2014.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS ESTRUTURAIS EM IMÓVEL DECORRENTES DE EDIFICAÇÃO REALIZADA EM LOTE VIZINHO – SITUAÇÃO DEMONSTRADA POR TRÊS LAUDOS PERICIAIS – DEVER DA CONSTRUTORA DE INDENIZAR O PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL ATINGIDO PELOS DANOS MATERIAIS E MORAIS INJUSTAMENTE SUPOSTOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 1.311 DO CÓDIGO CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL FIXADA CONFORME APURAÇÃO EM PERÍCIA – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL ARBITRADA COM PARCIMÔNIA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A prova constante dos autos é robusta no sentido de que a edificação realizada no lote vizinho pela construtora ré ocasionou danos estruturais de significativa relevância no imóvel do autor, em especial como decorrência do procedimento de aterramento para nivelamento do solo, nascendo daí o dever de indenizar, conforme previsão do art. 1.311 do Código Civil. Na hipótese, pouco importa se a construtora promoveu ou não as obras acautelatórias para evitar os danos no imóvel vizinho, já que o dever de indenizar subsiste ainda que tais providências tenham sido adotadas, bastando a prova do nexo de causalidade entre a obra e o dano, situação amplamente demonstrada nos autos, através de três laudos periciais. Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva.

Levando em consideração que o arbitramento da indenização por dano material foi feita conforme apuração realizada em perícia, sendo o orçamento pormenorizado constante dos autos elaborado conjuntamente por economista/avaliador e engenheiro civil, não há justificativa para redução do valor correlato.

A indenização por dano moral não deve ser elevada a ponto de promover o enriquecimento sem causa da vítima, tampouco insuficiente para os fins compensatórios e punitivos, devendo ser fixada com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. *Quantum* indenizatório mantido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Poligonal Engenharia e Construções Ltda apela da sentença (f. 417-422) proferida na ação de indenização ajuizada por Genevaldo Oliveira de Rezende, que tramitou na 1ª Vara de Cassilândia.

Afirma o autor que a edificação pertencente ao INSS foi construída pela pessoa jurídica ré, com início em 2012 e término em agosto de 2013. Sustenta que por ausência dos cuidados necessários, foram-lhe causados danos materiais em seu imóvel, bem como danos de ordem moral. Por tal razão, ajuizou a presente ação, visando o ressarcimento correlato, através do arbitramento de indenizações.

Os pedidos foram julgados procedentes, para condenar a ré ao pagamento de: 1) indenização por dano material, no importe de R\$ 40.555,00 (quarenta mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais); e 2) indenização por dano moral, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Ambas as indenizações deverão ser corrigidas pelo IGPM/FGV, a partir do arbitramento, com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação. A ré foi também condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões (f. 426-433), alega a construtora ré que a sentença condenatória se pautou apenas nos laudos periciais, provas estas que considera insuficientes no aspecto técnico, pois baseadas em meras suposições que não considera suficientes para embasar sua condenação ao pagamento de indenizações por danos materiais e morais.

Argumenta que a execução do projeto foi realizada conforme as normas técnicas de engenharia, inexistindo conduta que possa lhe ser imputada para justificar sua condenação, destacando que os peritos sequer indicam a data da construção pertencente ao autor, tampouco se esta foi alvo dos devidos reparos após sua edificação, ocorrida em 1988.

Pondera que “*o próprio laudo pericial afirma que ‘não se pode determinar com exatidão o nexo causal’ dos problemas no imóvel*” (f. 429), sequer contando a casa do apelado com projeto estrutural, apresentando apenas projeto arquitetônico, situação esta que, em seu sentir, justificaria os problemas noticiados nos presentes autos.

Assevera que o engenheiro que assinou o laudo no qual se embasa a ação, documento este que instrui a petição inicial, foi o responsável técnico pela construção do imóvel pertencente ao autor no ano de 1988, o que implica dizer que não conta com a necessária imparcialidade.

Aduz “*que não há certeza que a conduta do recorrente originou os danos, pois foram demonstrados outros fatores capazes de acarreta-los, os quais sequer foram analisados, como: a má edificação do próprio imóvel; a reforma que nele foi feita em 2006; a inexistência de projetos essenciais para a construção do imóvel recorrido*” (f. 431), dentre outros aspectos.

Caso mantida a condenação, acredita que os valores arbitrados a título de indenização devem ser reduzidos; em relação ao dano material, deve-se levar em consideração a participação do autor no ocorrido; no que se refere ao dano moral, acredita que o *quantum* comporta minoração para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Requer provimento do recurso, para que os pedidos da inicial sejam julgados improcedentes. Uma vez preservada a condenação, pede que as indenizações fixadas a título de dano moral e material sejam alvo de redução.

Contrarrazões apresentadas às f. 439-441.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Poligonal Engenharia e Construções Ltda apela da sentença (f. 417-422) proferida na ação de indenização ajuizada por Genevaldo Oliveira de Rezende, que tramitou na 1ª Vara de Cassilândia.

Afirma o autor que a edificação pertencente ao INSS foi construída pela pessoa jurídica ré, com início em 2012 e término em agosto de 2013. Sustenta que por ausência dos cuidados necessários, foram-lhe causados danos materiais em seu imóvel, bem como danos de ordem moral. Por tal razão, ajuizou a presente ação, visando o ressarcimento correlato, através do arbitramento de indenizações.

Os pedidos foram julgados procedentes, para condenar a ré ao pagamento de: 1) indenização por dano material, no importe de R\$ 40.555,00 (quarenta mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais); e 2) indenização por dano moral, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Ambas as indenizações deverão ser corrigidas pelo IGPM/FGV, a partir do arbitramento, com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação. A ré foi também condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões (f. 426-433), alega a construtora ré que a sentença condenatória se pautou apenas nos laudos periciais, provas estas que considera insuficientes no aspecto técnico, pois baseadas em meras suposições que não considera suficientes para embasar sua condenação ao pagamento de indenizações por danos materiais e morais.

Argumenta que a execução do projeto foi realizada conforme as normas técnicas de engenharia, inexistindo conduta que possa lhe ser imputada para justificar sua condenação, destacando que os peritos sequer indicam a data da construção pertencente ao autor, tampouco se esta foi alvo dos devidos reparos após sua edificação, ocorrida em 1988.

Pondera que *“o próprio laudo pericial afirma que “não se pode determinar com exatidão o nexo causal” dos problemas no imóvel”* (f. 429), sequer contando a casa do apelado com projeto estrutural, apresentando apenas projeto arquitetônico, situação esta que, em seu sentir, justificaria os problemas noticiados nos presentes autos.

Assevera que o engenheiro que assinou o laudo no qual se embasa a ação, documento este que instrui a petição inicial, foi o responsável técnico pela construção do imóvel pertencente ao autor no ano de 1988, o que implica dizer que não conta com a necessária imparcialidade.

Aduz que *“não há certeza que a conduta do recorrente originou os danos, pois foram demonstrados outros fatores capazes de acarreta-los, os quais sequer foram analisados, como: a má edificação do próprio imóvel; a reforma que nele foi feita em 2006; a inexistência de projetos essenciais para a construção do imóvel recorrido”* (f. 431), dentre outros aspectos.

Caso mantida a condenação, acredita que os valores arbitrados a título de indenização devem ser reduzidos; em relação ao dano material, deve-se levar em consideração a participação do autor no ocorrido; no que se refere ao dano moral, acredita que o quantum comporta minoração para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Requer provimento do recurso, para que os pedidos da inicial sejam julgados improcedentes. Uma vez preservada a condenação, pede que as indenizações fixadas a título de dano moral e material sejam alvo de redução.

Contrarrazões apresentadas às f. 439-441.

Admissibilidade recursal

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e está preparado, conforme se infere da documentação de f. 434-436.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Mérito

Do dano decorrente da obra

A ação foi ajuizada argumentando o autor que a construtora ré ergueu edificação para o INSS, obra esta que teve início no ano de 2012, com encerramento no mês de agosto de 2013. Afirma que em virtude da construtora não ter adotado as cautelas necessárias, a obra resultou em danos no seu imóvel, além de ter implicado em dano moral.

Levando em consideração que a construtora ré, em seu recurso de apelação, afirma que nenhum prejuízo foi ocasionado ao autor, buscando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos de indenização por danos material e moral, cabe a análise das provas produzidas nos autos para aferir se lhe assiste razão.

Inicialmente, cumpre destacar a previsão do art. 1.311, *caput*, do Código Civil, que dispõe que “*Não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias.*”

O parágrafo único deste mesmo dispositivo acrescenta que “*O proprietário do prédio vizinho tem direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias.*”

Da leitura da norma acima mencionada, percebe-se ser ônus que recai sobre o construtor a realização das obras que impeçam que sua construção provoque danos no imóvel vizinho; contudo, ainda que tais providências sejam adotadas, em havendo dano, o proprietário do prédio vizinho terá direito a ser indenizado pelos prejuízos que eventualmente sofrer como consequência da edificação.

Fixada esta premissa, passa-se à análise das provas dos autos.

Para embasar sua pretensão o autor instruiu a inicial com laudo pericial (f. 15-25), subscrito pelo engenheiro civil Nilton Barbosa Caldas, através do qual foram constatadas várias fissuras e rachaduras de porte considerável em seu imóvel, além de avaria ocasionada no portão metálico de acesso à garagem.

Veja-se a conclusão alcançada pelo referido *expert*:

“Foi verificada a existência de avarias (rachaduras) em várias paredes e lajes da casa situada a rua Isaías Cândido Barbosa, n. 869; e constatando a relação da causa entre

as rachaduras e uma obra de construção civil, ao longo da divisa lateral esquerda (para quem olha da rua), onde inicialmente ilustramos a fig.: 2 e 3 como sendo o causador dos danos, oriundos da movimentação de terras sem a contenção devida à casa examinada (confrontante). (...)” (f. 25)

Conforme se infere do croqui de f. 23 deste laudo pericial (fig. 4), a obra executada pela construtora ré foi realizada em terreno exatamente ao lado do imóvel de propriedade do autor, alegando este que os danos em seu imóvel apareceram após a edificação, que teria sido impulsionada sem os devidos cuidados para evitar esta situação.

O perito acima mencionado ainda explicou que:

“As avarias encontradas na casa são consequência da ausência de proteção a muro e paredes no momento da movimentação da terra da obra; o volume de terras (fig. 2 e 3) colocado para o nivelamento do terreno é bastante expressivo, no entanto a obra não realizou uma proteção específica na divisa para tal movimentação, ficando as paredes de alvenaria e muros de placas existentes da casa para conter todo o volume movimentado; o que veio a provocar uma força horizontal nas paredes da casa, ocasionando assim rachaduras conforme vista em foto (...).” (f. 23).

Com fulcro em tal prova, o autor ajuizou a ação. Contudo, como não se revela pertinente que perícia unilateralmente produzida embase qualquer condenação, o juízo *a quo* determinou a produção de prova pericial (f. 175-179), desta vez a ser produzida pelo engenheiro civil Valter Baptista Ferreira.

Passa-se à transcrição das respostas a alguns quesitos formulados por ambas as partes, para melhor elucidação da matéria posta *sub judice*:

“a) – Qual o estado do bem imóvel objeto do litígio? Sua estrutura data aproximadamente de que ano?”

O imóvel objeto do litígio encontra-se danificado, com rachaduras nas paredes, trincas no encontro dos beirais das lajes com as paredes de apoio das mesmas, reboco caindo nos referidos beirais, o piso da garagem que é anexa ao muro da divisa do requerido está desnivelado para este lado, indicando que houve recalque nesta direção, o portão basculante que também faz divisas com este muro está com problemas para fechar utilizando o controle, fechando apenas manualmente, indicando que o mesmo também foi afetado. Há trincas no encontro do alicerce com a parede que faz parte da sala da residência.

A estrutura data de quinze a vinte anos.” (f. 175)

“d) – As avarias são provocadas por apenas uma causa, ou podem ter causas variadas?”

As avarias existentes no imóvel em litígio ao que indica foram provocadas pela obra lindeira, uma vez que a mesma foi afetada apenas na parte que faz divisa com a obra que foi executada.” (f. 175)

“f) – As avarias podem acontecer em qualquer etapa da obra?”

No caso em questão as avarias foram provocadas durante a etapa de aterramento e execução do muro de arrimo do terreno que foi construído na obra anexa à do litígio.” (f. 175)

“g) – Qual conduta pode ser considerada como negligente/imperita ao se construir um imóvel evitando danos a imóveis vizinhos?”

“Não fazer as proteções necessárias de acordo com a obra e local a ser executada a mesma.” (f. 175-176)

“k) – Quais reparos são necessários para que o bem volte ao seu estado anterior à obra?”

Trocar o piso da garagem, inclusive o seu contra piso, que deverá ser refeito e nivelado na sua totalidade. A parede da garagem onde fica o acesso para o corredor lateral esquerdo deverá ser demolida e reconstruída, pois a mesma está prestes a cair, fazendo escoramento da laje existente. Reparos na parede da sala que possui trincas no encontro do alicerce com a referida parede. Reparo nas lajes e nos seus beirais nos locais onde o reboco está caindo. Execução de chapisco e reboco onde se fizer necessário após a execução dos itens citados. Colocação de rufos nos muros que fazem divisa com a construção em litígio. Reparos no assentamento do portão da garagem, que é do tipo basculante. Pintura do imóvel.” (f. 176)

“7) – Os danos no imóvel residencial do requerente estão localizado no lado da divisa com a nova construção? Existem áreas ou cômodos não abalados? Favor identificá-los.

Sim, estão localizados na área lateral esquerda da casa, que faz divisa com a nova construção. Sim, existem cômodos não abalados no lado direito da construção (quartos, banheiro).” (f. 177)

“8) – Em complemento à pergunta anterior, qual o motivo de somente um lado do imóvel encontra-se com danos? Seria por conta da construção?”

Provavelmente houve recalque parcial neste lado da construção, no período de construção do muro de arrimo e do aterro do terreno, onde seria executado a nova construção.” (f. 177)

“13) – É possível dizer que o aterramento gerou esforço na edificação do requerente, que culminou com os danos verificados?”

Sim, pois além do recalque parcial, pode ter havido esforço na direção da casa em litígio, ocasionando os danos existentes.” (f. 178)

“16) – Qual a estimativa para os gastos necessários a uma reforma, restabelecendo-se o estado físico do imóvel? (...)”

Estimativa de gastos: R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). (...)” (f. 178)

“17) – Se as fissuras da residência em questão podem ter sido provocadas pela ação do tempo?”

As rachaduras existentes não foram provocadas pela ação do tempo, mas podem aumentar se não forem corrigidas de imediato. (...)” (f. 178)

Perceba-se que a perícia realizada pelo primeiro *expert* nomeado pelo juízo também foi bastante conclusiva em relação ao fato de que às avarias existentes no imóvel do autor decorrerem da edificação realizada pela ré no lote vizinho, que não teria adotado as providências necessárias para evitar a ocorrência de danos.

Ambas as partes, contudo, não se conformaram com esta perícia, o autor em relação à estimativa de gastos para a realização dos reparos em seu imóvel (f. 182-183), e a construtora ré em relação à responsabilidade que lhe foi atribuída (f. 186-192), controvérsia que não foi dirimida sequer após a elaboração de lado pericial complementar pelo expert para os devidos esclarecimentos (f. 208-217), permanecendo os litigantes inconformados e solicitando nova perícia, com nomeação de outro expert (f. 220-223).

Para que não restassem dúvidas, então, novo perito foi indicado para o mister, para atuação complementar em relação ao primeiro laudo confeccionado em juízo, sendo o segundo laudo pericial apresentado (f. 329-387), elaborado de forma minuciosa e específica pelos peritos Fernando Vaz Guimarães Abrahão (economista, perito, auditor e avaliador) e Rogério Cabral de Menezes (engenheiro civil). Os trechos que interessam para dirimir a questão posta *sub judice* serão a seguir transcritos. Confira-se:

“(...) 7. Caso não exista projeto estrutural. Questionamos: Como podem ser avaliadas as condições estruturais da casa? Como é possível afirmar que a edificação foi “abalada” pela construção executada pela requerida se a casa carece de projeto estrutural?”

Resposta 7 – Em conformidade com o constatado na edificação e com as informações acostadas nos autos, trata-se de uma edificação com no mínimo 15 anos de construção onde os danos atualmente presente manifestaram-se após a construção da edificação requerida, onde além do mais fora realizado procedimento de aterramento para nivelamento do solo. (...)” (f. 360)

“16. O aterro executado com o uso de rolo de arrasto sem vibração e sem que a terra encostasse no muro do vizinho poderia causar as avarias?”

Resposta 16 – Não havendo a devida realização de um muro de arrimo eficiente, poderia sim causar os danos constatados no imóvel, pois ainda que a terra não encoste diretamente no muro do vizinho, estará realizando o esforço no muro de arrimo e consequentemente distribuindo as ações no imóvel limitrofe.

17. Pode ser afirmado pelas evidências fotográficas do processo que o aterro causou as avarias da edificação?”

Resposta 17 – Através das evidências fotográficas acostadas no processo e ao presente trabalho pericial pode-se constatar principalmente através da evolução da rachadura na parede aos fundos da garagem que está ocorrendo recalque no imóvel nas localidades próximas ao aterramento. Haja visto que o muro de arrimo tem a finalidade de suportar o solo destinado para o nivelamento do lote e sendo aplicada a terra para esta ação de forma irregular, pode ocasionar efeitos de propagação de tensões ocasionando esforços do peso aplicado pelo aterro a se propagando por debaixo do solo da localidade do aterramento e se destinando a todas as localidades vizinhas no mesmo, como vem acontecendo nas localidades próximas ao muro delimitante dos imóveis.” (f. 362)

“28. As avarias são provocadas por apenas uma causa, ou podem ter causas variadas?”

Resposta 28 – Os principais danos constatados no imóvel objeto da lide confirmam que devido ao impacto de vizinha ocasionado pelo aterramento do lote está progredindo o recalque do solo do imóvel do requerente próximo a edificação da requerida, ocasionando por exemplo o aparecimento de rachaduras e trincas.” (f. 366)

Perceba-se que os três engenheiros responsáveis por cada um dos três laudos periciais, no que se refere aos danos apresentados no imóvel do autor, chegaram a idêntica conclusão, qual seja, que o impacto

decorrente do aterramento do lote no qual a construtora ré realizou a edificação, vizinho ao imóvel do autor, ocasionou os prejuízos injustamente suportados pelo demandante.

A alegação da construtora no sentido de que os laudos periciais são insuficientes no aspecto técnico não se sustenta, até mesmo porque, repise-se, todos chegaram à idêntica conclusão, pouco importando se a edificação do imóvel do autor não apresenta projeto estrutural, já que amplamente demonstrado pelos experts que as fissuras, rachaduras e problema no portão de acesso à garagem do imóvel do autor são consequência da edificação executada pela construtora ré no lote vizinho, em especial o procedimento de aterramento para nivelamento do solo.

A pretensão da construtora ré de afastar sua responsabilidade pelo ocorrido é tentativa vã, pois as provas produzidas nos autos, ao contrário do que pretende alegar, não são frágeis, tampouco insuficientes, mas sim robustas e satisfatórias, tanto que produzidas por três engenheiros diferentes que chegaram a idêntica conclusão.

Ademais, conforme se depreende do já mencionado art. 1.311 do Código Civil, ainda que se admita que a construtora ré promoveu as obras acautelatórias visando garantir a segurança do prédio pertencente ao autor, certo é que constatados danos à propriedade deste em razão da obra, o dever de indenizar subsiste.

Neste sentido, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹, ao comentar a norma acima mencionada:

“Danos a vizinhos. Responsabilidade objetiva. “A construção, por sua própria natureza, e mesmo sem culpa de seus executores, comumente causa dano à vizinhança, por recalques do terreno, vibrações do estaqueamento, queda de materiais e outros eventos comuns na edificação. (...) Essas responsabilidade independe de culpa do proprietário ou do construtor, uma vez que não se origina na ilicitude do ato de construir, mas, sim, da lesividade do fato da construção. É um caso típico de responsabilidade sem culpa, consagrado pela lei civil, como exceção defensiva da segurança, da saúde e do sossego dos vizinhos” (CC 1277; CC/1916554) (Meirelles. Dir. Construir, p. 228).

Perceba-se que o autor logrou êxito em demonstrar o fato constitutivo de seu direito, conforme a regra de distribuição do ônus da prova prevista no art. 373, inciso I, do CPC, tendo em vista que o laudo pericial apresentado com a inicial, no qual sua pretensão foi inicialmente embasada, foi corroborado por dois outros laudos periciais produzidos em juízo, o que não deixa dúvidas acerca da existência do dano e do nexo de causalidade entre este e a obra realizada pela construtora ré, nascendo daí o consequente dever de indenizar o autor pelos prejuízos injustamente suportados.

Da indenização pelos danos materiais sofridos

Uma vez constatada a responsabilidade objetiva da construtora em relação aos danos causados no imóvel do autor, em decorrência da edificação realizada no lote vizinho, e o consequente dever de indenizar, cabe agora apreciar o quantum debeatur devido a título de indenização por dano material.

A matéria, contudo, é de fácil solução, já que a última prova pericial produzida trouxe às f. 386-387 o orçamento completo e pormenorizado referente às obras necessárias para a reparação do imóvel do autor, sendo encontrado como quantum debeatur a quantia de R\$ 40.556,34 (quarenta mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e trinta e quatro centavos).

Veja-se, na parte em que interessa, a conclusão alcançada pelo expert e a resposta ao quesito referente ao valor dos reparos:

¹ Código civil comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1039.

“(...) o resultado da quantificação do valor total para reparação dos danos no imóvel apontados no presente laudo pericial, depois de realizados todos os procedimentos instalados no escopo deste trabalho, tem-se os resultados para o valor de mercado para a reparação dos danos, sendo assim apresentados os seguintes valores:

– Valor para reparo dos danos: R\$ 40.556,34 (quarenta mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e trinta e quatro centavos).

Considerando o valor atribuído à reforma dos danos identificados no imóvel do requerente, tal importe será arredondado para R\$ 40.555,00 (quarenta mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais).” (f. 357)

“7 – Qual a estimativa para que os gastos necessários a uma reforma, restabelecendo-se o estado físico do imóvel? (...)

Resposta 7 – Conforme definido pelo juízo, sendo o presente trabalho apenas uma complementação dos danos apontados pela primeira perícia realizada, a apuração do valor para correção dos danos constatados no imóvel fica no entorno de R\$ 40.556,34 (quarenta mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e trinta e quatro centavos).” (f. 359)

Deste modo, não há qualquer justificativa plausível para que a construtora ré se insurja contra o valor da indenização fixada na sentença a título de dano material, qual seja, R\$ 40.555,00 (quarenta mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais), já que ao arbitrá-lo o juízo singular nada mais vez que adotar a apuração feita em perícia, não sendo possível falar, assim, em necessidade de minoração, muito menos sob o argumento de que esta deveria ocorrer levando em consideração suposta participação do autor apelado no ocorrido, já que não há nenhuma prova nos autos que corrobore esta assertiva.

Destaque-se, por oportuno, que tal quantum foi encontrado através de perícia também realizada por Fernando Vaz Guimarães Abrahão, economista, perito, auditor e avaliador, razão pela qual a quantia indicada na primeira perícia realizada em juízo, qual seja, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), acabou por ser desconsiderada, tendo em vista que apontada tão somente pelo engenheiro civil que realizou aquele laudo, e não pelo trabalho conjunto feito entre economista/avaliador e engenheiro civil, que permite uma apuração mais precisa dos danos e da quantia necessária para sua reparação, tanto que os gastos foram especificados via orçamento detalhado.

Mantida a indenização por dano material conforme fixada na sentença.

Do dano moral

Da existência do dano moral

Não se revela coerente compreender a execução inadequada de obra pela construtora ré, ocasionando ao autor prejuízos que superam o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), danos estes que requerem reparos urgentes, já que a ausência de conserto está gerando comprometimento da estrutura da edificação, seja compreendido como mero aborrecimento que todos estão sujeitos ou excesso de sensibilidade.

Os transtornos experimentados pelo autor apelado ultrapassaram – e muito – o limite da normalidade, demonstrando as provas periciais e os registros fotográficos constantes dos autos que os danos suportados são expressivos e trouxeram a necessidade do imóvel ser submetido a grande reforma.

Trata-se de decorrência lógica dos fatos a necessidade da construtora apelante indenizar o autor apelado pelos injustos prejuízos advindos da situação, até porque não foi possível à vítima evitar o fato e

nem tampouco prevê-lo, o que, contudo, era perfeitamente possível à construtora apelante, ou ao menos amenizar seus efeitos, já que conta com superioridade técnica e econômica para tanto.

Bem se vê que o autor apelado viu-se em situação angustiante, preocupante e, porque não dizer, desesperadora, uma vez que foi surpreendido com problemas estruturais em seu imóvel com os quais não contava, gerando problemas estruturais na edificação de sua propriedade, motivo pelo qual deve ser indenizado pelos transtornos de ordem moral experimentados.

O seguinte julgado corrobora a existência de dano moral *in casu*:

APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DIREITO DE VIZINHANÇA – ATERRAMENTO DE IMÓVEL SUPERIOR SEM A CONSTRUÇÃO DE MURO DE CONTENÇÃO – DESLIZAMENTO DE TERRA – DESABAMENTO – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONFIGURAÇÃO. 1- O art. 1.311, do Código Civil, estabelece que “não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias. “ 2- Antes de promover o aterramento de seu imóvel, deveria o réu ter construído um muro de contenção, a fim de evitar que eventual deslizamento de terras provocasse danos ao imóvel vizinho. 3- Cabe ao proprietário do prédio vizinho o direito ao ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, de cunho material e moral. 4- A situação vivenciada pela autora, ao ver parte de seu imóvel destruído, não pode ser tida como mero aborrecimento. 5- O arbitramento econômico do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato. (TJMG; APCV 1.0702.12.011583-8/001; Rel. Desa. Cláudia Maia; Julg. 05/07/2018; DJEMG 13/07/2018).

Logo, caracterizado está o dano moral e o consequente dever de indenizar a vítima pelos prejuízos daí advindos.

Do *quantum* indenizatório

Verificada a existência do dano moral, resta a necessidade de arbitrar o valor da indenização.

Inexiste parâmetro objetivo para quantificar o valor de uma indenização por dano moral. A tarefa é atribuída com exclusividade ao julgador, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, tais como a posição social das partes, o grau de culpabilidade do réu, as consequências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter também sentido punitivo ao lesionador.

Sobre o arbitramento do dano moral, merece destaque os ensinamentos do professor Sergio Cavalieri Filho²:

“Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade.

² Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 93.

A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.”

A propósito julgado do Superior Tribunal de Justiça:

No que tange ao quantum indenizatório, desnecessária a excepcionalíssima intervenção deste STJ, mormente quando evidenciado que o arbitramento do valor da compensação por danos morais e estéticos foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrente e, ainda, ao porte econômico do recorrido, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso e, assim, possível modificação do respectivo quantum indenizatório requer o revolvimento de provas, o que é inadmitido em sede de recurso especial, ante o impedimento da Súmula 7/STJ. (STJ -AgRg no AREsp 548.900/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016).

Levando em conta tais critérios, o *quantum* de reparação fixado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) atende satisfatoriamente o caso concreto, prestando-se a sancionar a construtora ré por sua postura desidiosa em relação à adoção das providências cabíveis para impedir os danos ao imóvel do autor, ou ao menos minimiza-los, bem como a compensação devida à vítima, que sofreu, como visto, injustos prejuízos.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Ainda que diante do não provimento do recurso, deixo de majorar os honorários advocatícios sucumbenciais, já que a verba foi arbitrada pelo juízo *a quo* em percentual máximo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801075-56.2018.8.12.0016 - Mundo Novo
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – INSCRIÇÃO DO NOME E CPF DO(A) CONSUMIDOR(A) EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO – ENVIO PARA ENDEREÇO DIVERSO – OFENSA AO ARTIGO 43, § 2º, DO CDC – PRÁTICA DE ATO ILÍCITO QUE IMPLICA EM DEVER DE INDENIZAR – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 359 DO STJ – DANO MORAL *IN RE IPSA* CONFIGURADO – *QUANTUM* ARBITRADO EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO.

Previamente à negatificação de seu nome, o consumidor deve ser notificado a respeito, conforme dispõe o art. 43, § 2º, do CDC, bem como a Súmula 359 do STJ.

A controvérsia relativa ao endereço do consumidor impõe ao arquivista comprovar o envio da notificação ao endereço fornecido pelo credor. Ausente tal prova, há prática de ato ilícito e, conseqüentemente, nasce o dever de indenizar pelo dano moral *in re ipsa* daí advindo.

A indenização por danos morais não deve ser elevada a ponto de promover o enriquecimento sem causa da vítima, tampouco insuficiente para os fins compensatórios e punitivos, devendo ser fixada em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo 1º, 3º e 4º vogais, vencido o 2º vogal que negava provimento ao apelo, em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Sirvalina da Silva apela da sentença proferida pelo juízo da comarca de Mundo Novo que, na ação de conhecimento de natureza constitutivo-condenatória ajuizada contra Boa Vista Serviços S/A, julgou improcedentes as pretensões formuladas na inicial.

Em suas razões a apelante sustenta, em síntese, que, contrariamente do quanto sustentado na peça de defesa apresentada pela ré, não há nos autos qualquer comprovante do envio de notificação prévia ao seu endereço, que trate da inscrição do seu nome no cadastro de inadimplentes.

Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, sejam os pedidos formulados na inicial julgados procedentes.

VOTO (EM 16/10/2018)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Sirvalina da Silva apela da sentença proferida pelo juízo da comarca de Mundo Novo que, na ação de conhecimento de natureza constitutivo-condenatória ajuizada contra Boa Vista Serviços S/A, julgou improcedentes as pretensões formuladas na inicial.

Em suas razões a apelante sustenta, em síntese, que, contrariamente do quanto sustentado na peça de defesa apresentada pela ré, não há nos autos qualquer comprovante do envio de notificação prévia ao seu endereço, que trate da inscrição do seu nome no cadastro de inadimplentes.

Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, sejam os pedidos formulados na inicial julgados procedentes.

Contrarrazões às f. 121-130.

Juízo de admissibilidade

Nos termos do artigo 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e isento de preparo por ser a apelante beneficiário da gratuidade da justiça.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Mérito

Da prévia notificação do consumidor e do dano moral

Colhe-se dos autos que a autora ajuizou a presente ação pretendendo obter a declaração de ilegalidade da inscrição do seu nome no cadastro de inadimplentes mantido pela ré referente e, consequentemente, a sua exclusão, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Como suporte das suas pretensões, alega que teve seu crédito negado, oportunidade que veio a descobrir que seu nome estava inserido no rol de maus pagadores e que não recebeu qualquer notificação prévia da parte ré a respeito disso.

O juiz singular, considerando que *“apesar do endereço que enviada a notificação não ser aquele que reside a autora, restou devidamente cumprida a obrigação legal prevista no art. 43, § 2º da Lei 8.078/90.”* (f. 97) e que *“se a informação passada pelo credor não foi exata, a responsabilidade não é da mantenedora do cadastro.”* (f. 97), julgou improcedentes as pretensões da parte autora.

Pois bem. O tema é regido pelo art. 43, § 2º, do CDC:

“Art. 43. (...)

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.”

Deste dispositivo infere-se que é direito do consumidor ser notificado por escrito acerca da inscrição de seu nome nos cadastros de restrição ao crédito, o que alega o autor, repise-se, não ter ocorrido, o que implicaria em configuração de ato ilícito.

Rizzatto Nunes¹, comentando esse dispositivo, esclarece que:

“(...) É garantia que decorre diretamente do texto constitucional de preservação da privacidade do consumidor (art. 5º, X, da CF). Vale tanto para abertura de cadastros ditos positivos quanto negativos.

Dessa forma, estão os serviços de proteção ao crédito obrigados a avisar, por escrito, previamente ao consumidor de que irão fazer a anotação. (...).

Reforce-se, (...) o aviso tem como função permitir que o consumidor exerça não só seu direito de pagar a dívida, como negociá-la, ou se opor à negativação por se furtar de cobrança indevida.

Lembre-se, ademais, que o credor, para cobrar seu crédito, não tem necessidade jurídica na negativação. Ele o faz como modo de pressão ao devedor. Daí que o aviso prévio tem a função jurídica de impedir alguma injusta e indevida exposição pública.”

Daí ter o STJ editado a Súmula 359, que diz que “*Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.*” O tema, aliás, já foi objeto de apreciação por aquela corte sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos de controvérsia.

Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DA INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. VALOR COMPENSATÓRIO MAJORADO. REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A eg. Segunda Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp 1.061.134/RS, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou as seguintes teses: (a) “Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas”; e (b) “A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada” (REsp 1.061.134/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 10/12/2008, DJe de 1º/04/2009). (...) (STJ, AgRg no AREsp 622.115/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 03/06/2016).

No caso dos autos, a remessa da notificação para o apelado para endereço - R Amanbai, 14, Mundo Novo – MS, 79980-000 (f. 71) – diverso, pois, segundo consta da inicial o endereço da autora como sendo Rua Guia Lopes n. 836, Centro, na cidade de Japorã - MS, Cep 79.985-000.

Esta divergência seria sobrelevada caso a apelante comprovasse que o endereço para o qual destinou a notificação foi fornecido pelo suposto credor, mas tal prova não produziu.

¹ Comentários ao código de defesa do consumidor. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 543.

Deste modo, caberia a apelante, de acordo com o inc. II do art. 373 do CPC, fazer prova “quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, ônus que não se desincumbiu.

Pauta-se nesta vertente a jurisprudência, a saber:

RECURSO INTERPOSTO POR BOA VISTA SERVIÇOS S/A. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO NO ROL DE INADIMPLENTES – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – CORRESPONDÊNCIA ENVIADA A ENDEREÇO DIVERSO DO DEVEDOR – DANOS MORAIS – CONFIGURADOS – VALOR DA INDENIZAÇÃO – MANTIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS – MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A prévia notificação do consumidor é requisito essencial para a inserção de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, não havendo necessidade de envio de carta com aviso de recebimento, bastando apenas a comprovação da postagem da correspondência em endereço fornecido pelo credor ao órgão de proteção ao crédito. Entretanto, é ônus da requerida comprovar que a notificação foi enviada a endereço fornecido pelo credor. O dano moral decorrente de negativação indevida é presumido. Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado a título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade. Os honorários de sucumbência serão fixados considerando-se o princípio da razoabilidade, bem como o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, nos termos do § 2º do art. 85 do CPC. ... (TJMS; AC 0829044-28.2017.8.12.0001; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; DJMS 21/08/2018; Pág. 139).

CIVIL – DIREITO DO CONSUMIDOR – ILEGÍTIMA INSCRIÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DE QUE O ENDEREÇO PARA O QUAL FOI ENVIADA A NOTIFICAÇÃO PRÉVIA TERIA SIDO FORNECIDO PELO CREDOR – CONFIGURADO DEVER INDENIZATÓRIO DO ÓRGÃO MANTENEDOR DO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – RECURSO IMPROVIDO. I. Preliminar: Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva, pois a pertinência subjetiva da ação deve ser aferida à luz das alegações feitas pelo requerente na inicial. Verificada a correspondência entre as partes da relação jurídica material e processual, não há de se falar em retificação do polo passivo, uma vez que o nome da recorrente (SPC. Brasil) consta em epígrafe na notificação de registro (ID. 4011174, pág. 1/2). Já a responsabilidade pelo evento constitui matéria afeta à questão de fundo. II. Mérito: A) superada a questão da ilegítima inscrição do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito, a controvérsia cinge-se em saber se a notificação foi realizada conforme preceito legal (CDC, Art. 43, § 2º); b) cabe ao órgão de proteção ao crédito a notificação prévia do devedor (Súmula nº 359 do STJ). Ressalta-se que é dispensável o Aviso de Recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros (Súmula nº 404 do STJ); c) no presente caso, a recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar que o endereço para o qual foi enviada a notificação prévia (endereço diverso do indicado pelo autor na petição inicial) teria sido fornecido pelo credor, o que, em tese, afastaria a responsabilidade do órgão de proteção ao crédito em relação à compensação por danos morais (CPC, Art. 373, II); d) em relação ao quantum, deve-se prestigiar a estimativa razoavelmente fixada (R\$ 2.000,00), uma vez que guardou correspondência com o gravame sofrido (CC, Art. 944), além de sopesar as circunstâncias do fato, a capacidade econômica das partes, a extensão e gravidade do dano, bem como o caráter punitivo-pedagógico da medida, tudo com esteio no princípio da proporcionalidade. Não se evidencia, no caso, ofensa à proibição de excesso, apta a subsidiar a pretendida redução. III. Rejeitada a preliminar. Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos (Lei

nº 9.099/95, Art. 46). Condenada a recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação (Lei nº 9.099/95, Art. 55). (TJDF; Proc 0710.62.6.662017-8070003; Ac. 109.8875; Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais; Rel. Juiz Fernando Antônio Tavernard Lima; Julg. 23/05/2018; DJDFTE 30/05/2018).

O documento de f. 71 cumpriria seu objetivo satisfatoriamente caso houvesse compatibilidade entre o endereço do consumidor e aquele constante na correspondência. A partir do momento em que divergem, e a parte autora afirma enfaticamente que reside em endereço diverso, incumbe ao órgão restritivo de crédito fazer prova também das informações repassadas pela empresa associada que postulou o apontamento.

Nesta ordem de ideias, manifesta a responsabilidade da ré pelos danos suportados pela autora em decorrência da ausência de notificação prévia à inclusão do nome nos cadastros de inadimplentes, devendo ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

Do *quantum* indenizatório

Verificada a existência do dano moral, resta a necessidade de mensurar o valor indenizatório.

Inexiste parâmetro objetivo para quantificar o valor de uma indenização por dano moral. A tarefa é atribuída com exclusividade ao julgador, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, tais como a posição social das partes, o grau de culpabilidade do réu, as consequências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter também sentido punitivo ao lesionador.

Sobre o arbitramento do dano moral, merece destaque os ensinamentos do professor Sergio Cavaliere Filho²:

“Creio que na fixação do quantum debeat da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.”

A respeito do tema, oportuno lembrar a lição de Maria Helena Diniz³:

“Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade,

² Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 93.

³ Curso de direito civil brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, 7 v., p. 78-79.

levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.”

A propósito julgado do Superior Tribunal de Justiça:

No que tange ao quantum indenizatório, desnecessária a excepcionalíssima intervenção deste STJ, mormente quando evidenciado que o arbitramento do valor da compensação por danos morais e estéticos foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrente e, ainda, ao porte econômico do recorrido, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso e, assim, possível modificação do respectivo quantum indenizatório requer o revolvimento de provas, o que é inadmitido em sede de recurso especial, ante o impedimento da Súmula 7/STJ. (STJ -AgRg no AREsp 548.900/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016).

Levando em conta tais critérios, tenho por bem fixar o *quantum* de reparação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor esse que atende satisfatoriamente o caso concreto, promovendo o desestímulo da ré em possível reiteração da conduta abusiva, bem como a compensação devida à vítima. Referido valor deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV a partir da data da publicação do acórdão (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros de mora a partir da data do evento danoso (21/12/2014), nos termos da Súmula nº 54 do STJ, haja vista tratar-se de relação extracontratual.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedentes as pretensões da autora e determinar a exclusão da inscrição feita sem a notificação prévia e condenar a ré ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em seu favor a título de indenização por danos morais, valor esse que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV a partir da data da publicação do acórdão e acrescido de juros de mora a partir da data do evento danoso (21/12/2014) - STJ, Súmula nº 54.

Condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor condenação.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 30/10/2018 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Vladimir), após o relator dar provimento ao recurso. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 30/10/2018)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Sirvalina da Silva em face da sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Mundo Novo, que julgou

“Improcedentes os pedidos contidos na inicial”.

“Custas processuais pela autora, mas, por ser beneficiária da justiça gratuita, a exigibilidade resta suspensa, na forma e prazo do art. 98, § 3º, do CPC.

Condeno a parte autora em honorários advocatícios no valor de 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º do CPC, atendido o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação de serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido, cuja exigibilidade também resta suspensa por ser beneficiária da justiça gratuita.”

Requer seja dado provimento ao recurso,

“Em declarar ilegal as inscrições do nome do Apelante no cadastro de inadimplentes mantido pela Apelada antes do prévio aviso (art. 43, § 2º do C.D.C) de tal fato, bem como, determinar a exclusão de tal negativação, e condenação por danos morais causados ao Apelante no valor de R\$20.000,00 Reais ou então outro valor que esta Colenda Câmara entender razoável e, por fim, requer a condenação da apelada nas custas processuais e honorários advocatícios no importe de 20% do valor da condenação, (...)”

O e. Relator está dando provimento ao recurso,

“Para julgar procedentes as pretensões da autora e determinar a exclusão da inscrição feita sem a notificação prévia e condenar a ré ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em seu favor a título de indenização por danos morais, valor esse que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV a partir da data da publicação do acórdão e acrescido de juros de mora a partir da data do evento danoso (21/12/2014) - STJ, Súmula nº 54.

Condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor condenação.”

Pedi vista para melhor analisar a questão referente à prévia notificação do consumidor.

Como é cediço, os bancos de dados de proteção ao crédito são entidades que tem por finalidade o armazenamento de informações acerca de obrigações comerciais não adimplidas, disponibilizando-as a eventuais fornecedores, com a finalidade de minimizar, por conseguinte, os riscos de transações mercantis que visam o pagamento a futuro.

Nesse contexto, o art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, *in verbis*:

“Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no artigo 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

(...)

§ 2º. A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.”

Com efeito, a providência prevista da norma em questão tem a finalidade de possibilitar que o consumidor, indicado como devedor, possa contestar a dívida, comprovar o pagamento ou, ainda, realizar sua quitação antes da efetivação do registro negativo.

Aliás, a Súmula nº 359 do Superior Tribunal de Justiça é expressa no sentido de que *“cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição”*, tendo ainda o mesmo Tribunal, por ocasião do julgamento do Resp nº 1061134/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, traçado algumas orientações sobre a temática, em acórdão assim ementado:

“Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação. Legitimidade passiva do órgão mantenedor do cadastro restritivo. Dano moral reconhecido, salvo quando já existente inscrição desabonadora regularmente realizada, tal como ocorre

na hipótese dos autos. I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC. Orientação 1: Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas. Orientação 2: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto. II- Julgamento do recurso representativo. É ilegal e sempre deve ser cancelada a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito realizada sem a prévia notificação exigida pelo art. 43, § 2º, do CDC. Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula n.º 83/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o cancelamento da inscrição do nome do recorrente realizada sem prévia notificação. Ônus sucumbenciais redistribuídos” (STJ, Resp 1061134/RS, Rel. Ministra Nancy Andri ghi, Segunda Seção, julgado em 10/12/2008, DJe 01/04/2009).

Desse modo, extrai-se que a comunicação prévia ao consumidor constitui obrigação do órgão responsável pela manutenção do cadastro restritivo, sob pena de sua ausência ensejar eventual direito à compensação por danos morais à parte lesada. Ainda, registre-se que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça:

“(...) no julgamento do Resp 1.083.291/RS, representativo de controvérsia repetitiva, (art. 543-C CPC/73), consolidou o entendimento de que para a notificação ao consumidor da inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito basta o envio de correspondência dirigida ao endereço do credor, sendo desnecessário aviso de recebimento” (STJ, AgRg no AREsp 832.940/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 18/09/2017).

No caso, a documentação acostada pela ré Boa Vista Serviços é satisfatória para demonstrar que cumpriu com o seu dever de cientificar previamente a autora acerca da inclusão do seu nome no serviço de proteção ao crédito, por solicitação do credor, constando às f. 72-73 cópia da correspondência do tipo FAC (franqueamento autorizado de cartas), que é um serviço disponibilizado pelos Correios, mediante contrato, às pessoas jurídicas que necessitam efetuar a remessa de grandes quantidades de cartas comerciais, sendo que o código de barras na embalagem e a chancela dos correios no envelope confirmam a postagem do documento para o endereço ali constante, o qual foi fornecido pelo solicitante da inscrição.

Consigne-se que o serviço de proteção ao crédito não dispõe dos dados cadastrais, de maneira que não parece correto exigir que comprove que o endereço foi o real fornecido pelo credor. A obrigação de indicar o endereço do devedor é unicamente do credor, não sendo possível transferi-la ao órgão responsável pela inscrição.

Dito isto, observa-se que, na hipótese, não resta caracterizada a prática do ato ilícito hábil a ensejar a procedência do pleito indenizatório, conforme, aliás, vem decidindo este tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INCLUSÃO DOS DADOS DA PARTE AUTORA NO SERASA – COMPROVAÇÃO DE ENVIO DE NOTIFICAÇÃO À PARTE DEVEDORA NO ENDEREÇO INDICADO PELA CREDORA – CUMPRIMENTO AO ART. 43, § 2º DO CDC – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – RECURSO DESPROVIDO. “Para adimplemento, pelos cadastros de inadimplência, da obrigação consubstanciada no art. 43, § 2º, do CDC, basta que comprovem a postagem, ao consumidor, da correspondência notificando-o quanto à inscrição de seu nome no

respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento. A postagem deverá ser dirigida ao endereço fornecido pelo credor” (Resp 1083291/RS) Demonstrado, pela requerida a expedição da notificação de que trata o § 2º do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, atinente à inscrição do nome da parte autora nos cadastros de inadimplentes, não há que se falar em indenização por danos morais. Recurso não provido” (TJMS. Apelação nº 0800276-47.2017.8.12.0016, Mundo Novo, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 08/05/2018, p: 14/05/2018).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO DE ENVIO DE CORRESPONDÊNCIA PARA ENDEREÇO FORNECIDO PELA EMPRESA CREDORA – CUMPRIMENTO DO ART. 43, § 2º, DO CDC – AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. A obrigação do órgão mantenedor de cadastro de proteção ao crédito, prevista no § 2º do art. 43 do CDC, consiste no envio da notificação prévia ao endereço informado pela empresa-credora, sendo desnecessária a investigação da veracidade daquelas informações, de modo que eventual responsabilidade pelos danos sofridos deve recair sobre o credor pelo envio de informações erradas ao banco de dados” (TJMS. Apelação nº 0801395-43.2017.8.12.0016, Mundo Novo, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 03/05/2018, p: 04/05/2018).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À INSCRIÇÃO NEGATIVA – NOTIFICAÇÃO EXISTENTE – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR PELA EMPRESA RESPONSÁVEL PELA INSCRIÇÃO – RECURSO DA RÉ CONHECIDO E PROVIDO. 1. Inexiste dever da empresa que presta serviços através de cadastros de proteção ao crédito de indenizar o consumidor quando comprovado o envio da notificação prévia à inscrição do nome do consumidor em seus cadastros, sendo suficiente para tal comprovação a cópia da correspondência do tipo FAC (franqueamento autorizado de cartas), que é um serviço disponibilizado pelos Correios, mediante contrato, às pessoas jurídicas que necessitam efetuar a remessa de grandes quantidades de Cartas Comerciais com peso máximo de 500 gramas, sendo que o código de barras na embalagem e a chancela dos correios no envelope confirmam a postagem do documento para o endereço ali constante. 2. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada” (TJMS. Apelação nº 0063791-47.2011.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 09/05/2018, p: 11/05/2018).

Ante o exposto, divirjo do e. Relator para negar provimento ao recurso.

Diante do trabalho do causídico e do desprovimento do recurso, majoro a verba honorária, em conformidade com o disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015, para 12% sobre o valor atualizado da causa, devendo, contudo, ser observado o disposto no art. 98, § 3º, do mesmo *Códex*.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo 1º vogal, vencido o 2º vogal que lhe negava provimento. Este processo se submeterá à técnica de julgamento do artigo 942 do CPC.

VOTO (EM 27/11/2018)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo 1º, 3º e 4º vogais, vencido o 2º vogal que negava provimento ao apelo, em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801584-49.2016.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM* C/C PENSÃO POR MORTE – ALEGAÇÃO DA AUTORA DE QUE TERIA VIVIDO COM O *DE CUJUS* COMO SE CASADOS FOSSEM PELO PERÍODO DE 15 (QUINZE) ANOS – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO SE PRESTA A DEMONSTRAR ESTA SITUAÇÃO – REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL NÃO PREENCHIDOS – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE PENSÃO POR MORTE INJUSTIFICADA, ANTE A AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Conforme dispõe o art. 1.723 do Código Civil, para a caracterização da união estável é necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura daqueles que se dizem um casal, estabelecida com o objetivo de constituir de família. Os depoimentos prestados pelas testemunhas/informantes não atestam a existência do alegado relacionamento afetivo, inexistindo sequer registros fotográficos da autora e do falecido juntos, o que é bastante incomum, levando em consideração a alegação de que a convivência teria perdurado por aproximadamente 15 (quinze) anos. A propósito, as pessoas mais próximas do *de cujus* sequer conheciam a autora, vendo-a pela primeira vez na audiência de instrução e julgamento, o que não está dentro do padrão da normalidade para um casal que teria vivido junto por longo período de tempo, em cidade pequena do interior do Estado, onde os habitantes costumam se conhecer de forma mais próxima. Assim, sendo o conjunto probatório insuficiente para comprovar o preenchimento de qualquer dos requisitos mencionados, a improcedência dos pedidos da inicial é providência que se impõe, não encontrando espaço o arbitramento de pensão por morte quando sequer o relacionamento entre autora e o *de cujus* ficou demonstrado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Luciana Alves Pereira apela da sentença (f. 188-192) proferida na ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem* c/c pensão por morte ajuizada contra Estado de Mato Grosso do Sul, que tramitou na 1ª Vara Cível de Paranaíba.

Afirma a autora que conviveu com o falecido Ignácio José da Silva por aproximadamente 15 (quinze) anos, convivência esta que seria pública e contínua. Por tal razão, busca o reconhecimento da união estável e a concessão de benefício pensão por morte, alegando ser dependente do *de cujus*.

Contudo, os pedidos iniciais foram julgados improcedentes. A autora foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Suspensa, contudo, a exigibilidade, por litigar sob os auspícios da gratuidade da justiça.

Em suas razões (f. 199-220), alega que o conjunto probatório não deixa dúvidas acerca da existência da união estável entre a autora e o *de cujus*, razão pela qual sua dependência econômica em relação ao falecido seria presumida.

Afirma que foi conferido valor exacerbado aos depoimentos das testemunhas arroladas pelo ente público réu, destacando que o caderno probatório confirmaria o preenchimento dos requisitos necessários para a configuração da união estável, indicando que o fato de não estar inscrita como dependente do falecido não tem o condão, por si só, de descaracterizar o relacionamento afetivo em questão.

Sustenta que as provas produzidas nos autos demonstram inclusive que a autora e o falecido possuíam crediários conjuntos em diversos estabelecimentos comerciais, vivendo como se casados fossem, de forma duradoura e contínua. Indica que as testemunhas por si arroladas deixam clara esta situação.

Acredita que confirmada a união estável, faz jus ao recebimento de pensão por morte, conforme a legislação de regência, que deverá ser paga desde a citação válida, ante a inexistência de requerimento administrativo.

Requer provimento do recurso, para que os pedidos iniciais sejam julgados procedentes, reconhecendo-se a existência de união estável entre a autora e o falecido Ignácio José da Silva, com pagamento de pensão por morte vitalícia, considerando-se como termo inicial para o pagamento a citação válida.

Contrarrazões apresentadas às f. 224-231.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Luciana Alves Pereira apela da sentença (f. 188-192) proferida na ação de reconhecimento de união estável *post mortem* c/c pensão por morte ajuizada contra Estado de Mato Grosso do Sul, que tramitou na 1ª Vara Cível de Paranaíba.

Afirma a autora que conviveu com o falecido Ignácio José da Silva por aproximadamente 15 (quinze) anos, convivência esta que seria pública e contínua. Por tal razão, busca o reconhecimento da união estável e a concessão de benefício pensão por morte, alegando ser dependente do *de cujus*.

Os pedidos iniciais foram julgados improcedentes. A autora foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Suspensa, contudo, a exigibilidade, por litigar sob os auspícios da gratuidade da justiça.

Em suas razões (f. 199-220), alega que o conjunto probatório não deixa dúvidas acerca da existência da união estável entre a autora e o *de cujus*, razão pela qual sua dependência econômica em relação ao falecido seria presumida.

Afirma que foi conferido valor exacerbado aos depoimentos das testemunhas arroladas pelo ente público réu, destacando que o caderno probatório confirmaria o preenchimento dos requisitos necessários para a configuração da união estável, indicando que o fato de não estar inscrita como dependente do falecido não tem o condão, por si só, de descaracterizar o relacionamento afetivo em questão.

Sustenta que as provas produzidas nos autos demonstram inclusive que a autora e o falecido possuíam crediários conjuntos em diversos estabelecimentos comerciais, vivendo como se casados fossem, de forma duradoura e contínua. Indica que as testemunhas por si arroladas deixam clara esta situação.

Acredita que confirmada a união estável, faz jus ao recebimento de pensão por morte, conforme a legislação de regência, que deverá ser paga desde a citação válida, ante a inexistência de requerimento administrativo.

Requer provimento do recurso, para que os pedidos iniciais sejam julgados procedentes, reconhecendo-se a existência de união estável entre a autora e o falecido Ignácio José da Silva, com pagamento de pensão por morte vitalícia, considerando-se como termo inicial para o pagamento a citação válida.

Contrarrazões apresentadas às f. 224-231.

Admissibilidade recursal

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e a apelante está dispensada do respectivo preparo, porquanto beneficiária da gratuidade da justiça (f. 192).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Mérito

Busca a autora o reconhecimento de união estável *post mortem* com a pessoa de Ignácio José da Silva, argumentando para tanto que teriam convivido como se casados fossem pelo período aproximado de 15 (quinze) anos. Sua intenção com tal ação, em última análise, é o recebimento de pensão por morte vitalícia, já que o falecido era professor aposentado do Estado de Mato Grosso do Sul.

O tema é tratado pela Constituição Federal, que no *caput* do art. 226 dispõe que “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”, acrescentando no § 3º deste dispositivo que “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”.

O Código Civil, por sua vez, ao abordar a matéria no art. 1.723 o faz de forma mais específica, estabelecendo que “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”.

Sobre os elementos caracterizadores essenciais, veja-se a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹:

“(...) é possível sintetizar quatro elementos caracterizadores essenciais da união estável, a saber:

a) publicidade;

b) continuidade;

c) estabilidade;

d) objetivo de constituição de família.

(...)

A ideia de o casal ser reconhecido socialmente como uma família, em uma convivência pública, é fundamental para a demonstração, eventualmente judicial, da existência de uma união estável.

(...)

A união estável não se coaduna com a eventualidade, pressupondo a convivência contínua, sendo, justamente por isso, equiparada ao casamento em termos de reconhecimento jurídico.

(...)

(...) convivência duradoura (...). A exigibilidade desta circunstância é intuída até mesmo do objetivo “estável” que qualifica esta relação.

(...)

Essa aparência de casamento, essa finalidade de constituição de um núcleo estável familiar é que deverá ser investigada em primeiro lugar, pelo intérprete, ao analisar uma relação apontada como união estável. (...)

Desta forma, para aferir a pertinência da alegação autoral, no sentido de conviveu por aproximadamente 15 (quinze) anos em união estável com o falecido Ignácio José da Silva, é preciso analisar o conjunto probatório constante dos autos e verificar se os requisitos essenciais para tanto foram preenchidos.

Inicialmente, cumpre destacar que a autora não instruiu a petição inicial com nenhum documento hábil a demonstrar a existência do relacionamento estável com o *de cujus*, já que não foram apresentadas sequer registros fotográficos dos dois juntos, sendo certo que as declarações constantes de f. 24-26, por terem sido produzidas unilateralmente, não tem o condão de comprovar o relacionamento em questão.

Ademais, as notas fiscais posteriormente apresentadas em juízo pela autora (f. 83-84 e f. 111-112) igualmente não servem para demonstrar a existência de união estável, já que estão em nome do falecido Ignácio José da Silva, não contendo nenhuma informação que pudesse relaciona-las também com a autora.

Apreciadas as provas documentais que, como visto, não se prestam para corroborar a pretensão autoral, passa-se agora à análise da prova testemunhal.

¹ Novo curso de direito civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, vol. 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional, p. 433-434.

A testemunha Adriana Valéria T. Pereira (f. 247-251) afirma de forma genérica que conhece a autora por trabalhar de forma autônoma com vendas, o que remontaria aproximadamente 15 (quinze) anos. Relata que a autora teria vivido maritalmente com Inácio de forma duradoura, inclusive moravam na mesma casa, e que as pessoas do convívio social de ambos tinham conhecimento desta situação. Afirma que o casal era visto junto em estabelecimentos comerciais e na residência deles.

A testemunha Maria Eugênia Alves Assis (f. 251-255), por sua vez, afirma que tinha contato com o falecido, por ter sido seu professor, noticiando que nunca o viu com esposa ou qualquer pessoa que pudesse ser apontada como tal, salientando que sempre demonstrava ser solteiro (f. 253), que todas as vezes que o encontrava ele estava sozinho e que nunca havia visto a autora antes do momento da audiência. Relatou já ter ido em sua residência em algumas oportunidades, morando o *de cujus* sozinho.

A referida testemunha afirmou, também, que encontrava ele em lugares públicos, encontrava ele no SINTED, sempre quando o SINTED promovia alguma festa (f. 254), o que ocorria por ser sócia do Sindicato dos Funcionários do Estado de Mato Grosso do Sul. Ressaltou que neste eventos ele sempre estava e sempre estava sozinho. (f. 254)

A irmã do *de cujus*, Sebastiana da Silva, também foi ouvida em juízo, na qualidade de informante (f. 255-259), afirmando que nunca conheceu a autora, mesmo mantendo contato frequente com o irmão, que não teria sequer comentado algo a respeito, salientando inclusive que estranhou o ajuizamento da presente ação, já que o falecido nunca se casou, não teve filhos e sempre morou só.

A informante acrescentou, ainda, que quando do óbito, Ignácio José da Silva morava de favor na casa de uma amiga, conhecida como Nenzica. Noticiou a informante que foi ela quem cuidou do velório e do sepultamento, sendo inclusive seu dependente em um plano da Pax, pois se tratava de pessoa muito pobre.

Também foi ouvida a testemunha Sirley Borges Silveira dos Santos (f. 259-265), pessoa esta que afirma ter amizade com a irmã da autora. Notícia que esta convivia com o *de cujus* como se marido e mulher fossem, e que moravam na mesma residência. Acrescenta que só via os dois no mercado e na padaria, de mãos dadas, salientando que não tinha muito contato com o suposto casal.

Por fim, foi ouvida enquanto informante a pessoa de Yone Aparecida Gomes Ishibashi (f. 265-270), que se qualificou como pessoa muito amiga do falecido, pois atuavam juntos como professores de matemática.

Sustenta que o *de cujus* era uma pessoa muito calada, reservado, que nunca falava sobre relacionamentos afetivos. Afirma que jamais o viu acompanhado, que sempre participava dos eventos da associação dos professores, nos quais sempre ia sozinho. Acrescenta que não conhece a autora, que o falecido sempre pedia dinheiro emprestado para comer, o que fazia na rua, não tendo nenhum conhecimento de que sustentava alguém. Informou que a família se mostrava muito preocupada com o *de cujus*, e que quem teria organizado o velório e o sepultamento foi a irmã dele, Sebastiana.

Da análise acurada do caderno probatório, percebe-se ser inviável concluir que a autora vivia em união estável com o falecido, tendo em vista que dos depoimentos das pessoas mais próximas a este infere-se que estas sequer conheciam a autora, que nunca foi vista com ele, por exemplo, em eventos sociais.

Ora, se a autora e o *de cujus* de fato tivessem convivido em união estável, seria bastante razoável que fossem vistos juntos, por exemplo, nas festas do SINTED (Sindicato dos Funcionários do Estado de Mato Grosso do Sul), eventos nos quais o falecido sempre estava presente e, mesmo podendo levar acompanhante, não o fazia.

Ademais, seria deveras normal que a autora conhecesse a irmã do falecido; contudo, as duas nunca haviam se encontrado antes da audiência de instrução e julgamento, o que acaba por enfraquecer sobremaneira as alegações autorais, sendo relevante destacar que ainda que a irmã Sebastiana da Silva tenha sido ouvida como informante, não teria nenhum motivo plausível para dizer que não conhecia a autora. Nenhum desentendimento entre as duas foi relatado que pudesse justificar esta situação.

Outro aspecto a ser evidenciado é o fato das partes envolvidas residirem todas em Paranaíba, cidade pequena do interior deste Estado, sendo certo que este contexto favorecerá que todos os ouvidos em juízo conhecessem a autora e o *de cujus* como um casal, ainda mais se levado em consideração que a alegação autoral é no sentido de que a união estável durou em torno de 15 (quinze) anos.

Em razão do lapso temporal acima referido, seria também bastante normal que a autora e o falecido tivessem registros fotográficos juntos, inexistindo nos autos nenhuma prova neste sentido, não servindo como justificativa o fato de ambos contarem com idade relativamente avançada, em especial se considerado os recentes avanços tecnológicos, que permitem às pessoas fazer fotos através de telefones celulares, sequer sendo preciso que os aparelhos sejam de alto custo, já que os mais simples e com preço acessível contam com esta função, praticamente básica.

Ainda que as testemunhas Adriana e Sirley afirmem que a autora era vista com o *de cujus* no mercado e na padaria, e que supostamente estariam de mãos dadas em tais locais, tratam-se estas de informações muito superficiais, que não tem a capacidade de demonstrar a convivência mútua, com o intuito de constituir família.

Conforme se infere da certidão de óbito de Ignácio José da Silva, contata-se que a declarante do falecimento foi sua irmã, Sebastiana da Silva, o que corrobora a ideia de que a autora e o *de cujus* não viviam em união estável, vez que seria bastante natural que a companheira fosse a declarante do óbito, ou ao menos mencionada nas observações constantes de tal documento.

Por todo o exposto, é possível concluir que nenhum dos elementos caracterizadores da união estável está configurado na hipótese *sub judice*, já que não se verifica a existência de reconhecimento social da autora e do *de cujus* como casal, tampouco em relacionamento contínuo e estável, com intuito de constituição de família.

Logo, a manutenção da improcedência dos pedidos da inicial, inclusive de pensão por morte vitalícia, é providência que se impõe, pois as provas produzidas não são capazes de demonstrar que a autora e o *de cujus* mantiveram união estável pelo período de 15 (quinze) anos.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Em razão do não provimento do recurso, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com base no art. 85, § 11, CPC. Suspensa, contudo, a exigibilidade, por litigar a autora sob os auspícios da gratuidade, salvo prova em contrário a ser feita na fase de cumprimento da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800779-19.2018.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE CIVIL – EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO MATERNO – IMPOSSIBILIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO PARA INCLUSÃO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto, admitindo, dentre as hipóteses, a alteração do nome civil para a inclusão de sobrenome materno ou paterno. A exclusão destes rompe a identificação da pessoa com seus ascendentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Rafaela Martina de Oliveira Eyzaguirre, representada pelos genitores, interpôs apelação visando reformar a sentença que indeferiu a pretensão de supressão do nome de família do antecedente materno - de Oliveira - do seu assento de nascimento.

Alega que na oportunidade do casamento de seus genitores sua mãe optou por excluir o patronímico “de Oliveira”, do seu avô, e adotar o do cônjuge, seu pai.

Como seu nascimento antecedeu ao casamento dos pais não constou em seu registro de nascimento o sobrenome paterno, mas o do avô materno, “de Oliveira”, o que foi excluído do nome da sua mãe com o casamento, redundando em disparidade entre seu nome e da genitora.

Menciona esta diferença como causadora de angústias, razão porque requereu a retificação do seu nome no registro civil, negado indevidamente pelo juiz, pois é o meio que dispõe não só para aplacar aquele sentimento como enaltecer o *“sobrenome paterno, e excluir um sobrenome que já não identifica a mãe da autora, resguardando a expressão de um grupo familiar que tem sua história e sua reputação, além de facilitar a individualização da autora na sociedade* (f. 48).

Requer provimento do recurso e a consequente reforma da sentença para o fim de excluir do seu registro civil o patronímico “de Oliveira”, passando a constar seu nome como “Rafaela Matina Eyzaguirre”.

Contrarrazões pelo Ministério Público de primeiro grau (f. 58-64) pelo desprovimento, opinião compartilhada pela PGJ no parecer de f. 74-79.

VOTO (EM 27/11/2018)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Rafaela Martina de Oliveira Eyzaguirre, representada pelos genitores, interpôs apelação visando reformar a sentença que deferiu em parte seu pedido, mas o indeferiu na questão relativa à supressão do nome de família do antecedente materno - “de Oliveira” - do seu assento de nascimento.

Alega que na oportunidade do casamento de seus genitores sua mãe optou por excluir o patronímico “de Oliveira”, do seu avô, e adotar o do cônjuge, seu pai.

Como seu nascimento antecedeu ao casamento dos pais, não constou em seu registro de nascimento o sobrenome paterno, mas o do avô materno, “de Oliveira”, o que foi excluído do nome da sua mãe com o casamento, redundando em disparidade entre seu nome e da genitora.

Menciona esta diferença como causadora de angústias, razão porque requereu a retificação do seu nome no registro civil, negado indevidamente pelo juiz, pois é o meio que dispõe não só para aplacar aquele sentimento como enaltecer o “*sobrenome paterno, e excluir um sobrenome que já não identifica a mãe da autora, resguardando a expressão de um grupo familiar que tem sua história e sua reputação, além de facilitar a individualização da autora na sociedade*” (f. 48).

Requer provimento do recurso com a consequente reforma da sentença para o fim de excluir do seu registro civil o patronímico “de Oliveira”, passando a constar seu nome como “Rafaela Martina Eyzaguirre”.

Contrarrazões pelo Ministério Público de primeiro grau (f. 58-64) pelo desprovimento; parecer da PGJ também pelo desprovimento do recurso (f. 74-79).

Juízo de admissibilidade

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Como o apelo preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos, recebo-o nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Mérito

Para deferir em parte o pedido da requerente, assim se pronunciou o juízo singular:

“(...) Por outro lado, quanto ao pedido para supressão do patronímico “de Oliveira” no nome da Autora, meramente por conta do matrimônio de seus pais posteriormente ao seu nascimento, não há motivação plausível a justificar a presente lide, isso porque a alteração do nome ou sobrenome só é possível em situações excepcionais previstas em lei, dentre as quais não se encaixa a situação da autora.

Ressalte-se que a requerente herdou o sobrenome de seus genitores, o que torna perfeita a sua identificação familiar, visto que o sobrenome tem função de identificar a

procedência da pessoa, indicando a sua filiação, não admitindo-se, portanto, a exclusão dos apelidos de família sem motivação relevante. (...).

Ademais, frisa-se que a Lei de Registros Públicos, em seu art. 56, prevê que a parte tenha atingido a maioridade civil para pleitear a alteração de seu nome, fundamentada em justo motivo.

Pelo exposto, defiro parcialmente a presente demanda, a fim de determinar apenas a retificação do nome da genitora da Autora no assento de nascimento de Rafaela Martina de Oliveira Eyzaguirre, devendo constar Regiane Aparecida Eyzaguirre, onde antes constou Regiane Aparecida de Oliveira. (f. 37-38)

Observa-se da sentença ter o juiz determinado a retificação do registro civil da apelante em relação ao nome da mãe que, com o casamento, excluiu o sobrenome de família paterna e adotou apenas do marido, pai da apelante, sem, contudo, possibilitar a apelante o mesmo procedimento, qual seja, a supressão do patronímico do avô materno, que até o casamento era adotado pela mãe, adequando-se, desta forma, o nome e prenome atualmente utilizado por esta.

No entanto, há de se negar provimento ao recurso.

O ordenamento jurídico tem por regra o princípio da imutabilidade do nome, notadamente o de família, por ser meio de individualização da pessoa.

O art. 54 da Lei nº 6.015/73 sobre o assento do nascimento enumera o que será obrigatório conter, dentre os quais: o nome, e o prenome, que forem postos à criança (item 4º).

A propósito do assunto, os comentários de Alexandre Laizo Clápis e Everaldo Augusto Camblier¹:

4º) O nome e o prenome que forem postos à criança. Na eventualidade de o(s) declarante(s) indicar(em) apenas o prenome, o oficial de registro deverá completar o nome com o sobrenome da mãe e do pai, completo ou resumidamente, sendo, nesse caso, obrigatoriamente empregados os sobrenomes paterno da mãe e do pai. Não poderá, por exemplo, a mãe querer empregar apenas o seu sobrenome materno, excluindo o paterno, pois isso atenta contra a família. É um direito da criança ter em seu nome a representação da sua árvore genealógica. Como o nome não é um direito disponível, não podem os pais fazer valer estritamente as suas vontades, inserindo sobrenomes e omitindo outros.

O CC, quando tutela os Direitos da Personalidade (art. 16), estabelece que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. De tal sorte que o nome deve ser composto pelo prenome (simples ou composto) acrescido do sobrenome materno e paterno, com o fim de identificar a família à qual o recém-nascido pertence.

Vale elmarar, aqui, a lição de Belmiro Pedro Welter, exposto pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 70008779761, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que segue:

“O nome não pertence só a mulher, mas sim a todo o grupo familiar como entidade, transcendendo, portanto, à mera individualidade, e renunciar à origem, além de ilegal, é menosprezar os pais, é apagar o passado, sua procedência, a sua filiação, a sua estirpe, é, enfim, desonrar e ofender a incolumidade do nome de sua própria família”.

Nesse sentido, ver ainda a ementa da Apelação Cível nº 70008914483 da 7ª Câmara Cível do TJRS:

¹ ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. *Lei de registros públicos comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 213-214.

“Registro civil. Habilitação de casamento. Possibilidade de adoção dos apelidos de família do marido e não de supressão. 1. AO casar, o cônjuge pode acrescentar aos seus os apelidos de família do outro cônjuge, inexistindo autorização legal para a supressão de apelidos de família, que são, aliás, imutáveis. Inteligência do art. 1.565, § 1º, CC e arts. 56 a 58 da LRP. 2. O sistema registral é de inclusão e não de exclusão e está submetido ao princípio da legalidade, sendo que a liberdade individual encontra limite nas disposições de ordem pública. 3. A possibilidade de alteração de nome e no casamento constitui exceção dentro da regra geral de imutabilidade e, sendo exceção, deve ser interpretada restritivamente. Recurso provido, por maioria.”

Portanto, a composição do nome pode ser feita da seguinte forma:

- a) Prenome acrescido dos sobrenomes completos da mãe e do pai, respectivamente (nesse caso, o nome fica extenso);
- b) Prenome acrescido de sobrenome paterno da mãe e do pai, respectivamente (nesse caso, a dimensão do nome fica razoável, dentro dos padrões utilizados rotineiramente);
- c) Prenome acrescido do sobrenome paterno;
- d) Prenome acrescido do sobrenome materno, na falta do sobrenome paterno.

Esclarece-se que o costume brasileiro, cuja origem remonta ao Direito português, estabelece que o sobrenome é composto primeiramente com o sobrenome materno, seguido do paterno.

Walter Ceneviva², em sua clássica obra traz a seguinte lição:

139- Conteúdo do assento de nascimento – O nome e o prenome devem, de preferência, sem obrigatoriedade, incluir tanto o apelido de família da mãe quanto o do pai. Há, entretanto, uma razão de ordem prática que a vida moderna vem enfatizando, para o uso de ambos os apelidos dos pais. Nas grandes cidades, o drama da homonímia em relações bancárias, obtenção de empréstimos, protestos de títulos, certidões dos distribuidores põe a claro a aflição constante de muitos. Daí a recomendação do registro com apelido duplo, de modo a diminuir o risco da homonímia. Inexiste, todavia, imposição legal.

A retificação do assento para acrescentar sobrenome de família materna e/ou paterna vem sendo amplamente acolhida pelos pretórios exatamente porque neste sentido é o ordenamento jurídico. Mas, o inverso, a exclusão, encontra resistência pela mesma razão, a escoreita identidade familiar, resguardando o princípio da segurança jurídica e estabilidade dos atos da vida civil.

É competência da justiça atender aos desejos das partes. Todavia, não menos certo é que o atendimento não pode afrontar a legislação, notadamente na questão do sobrenome, que nada mais é do que atributo de personalidade e recomenda, segundo a lição de Ceneviva, repelir o drama da homonímia nos atos da vida civil, porquanto, o nome consiste num conjunto de elementos que define a individualidade e identificação no plano social, permitindo a distinção uma da outra e sua vinculação a um determinado grupo familiar, composto pelas ascendências materna e paterna, daí sua importância.

De outra sorte, a importância sobre apelidos de família está distinguida no art. 56 da Lei nº 6.015/73, tanto que, conquanto permita a alteração do nome no atingimento da maioridade, ressalva que esta modificação será possível desde que não prejudique os apelidos de família.

² Lei dos registros públicos comentada. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123-124.

O princípio da imutabilidade, que rege o registro do nome, não é absoluto, uma vez que o ordenamento pátrio contempla diversas hipóteses de retificação e alteração tanto para o prenome quanto para o sobrenome. A alteração do sobrenome exige a manutenção dos apelidos de família.³

Neste sentido veja-se precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – ALTERAÇÃO DE NOME – INCLUSÃO DE PRENOME E EXCLUSÃO DO SOBRENOME MATERNO – IMPOSSIBILIDADE NO CASO. O nome da pessoa pode ser modificado desde que se trate de situação excepcional e devidamente motivada. Inteligência dos artigos 56, 57 e 58 da Lei nº 6.015/73. No caso, não se está diante de situação extraordinária, na medida em que não se trata de corrigir erro de grafia no assento civil, nem de constrangimento sofrido ou de exposição ao ridículo em razão da denominação, traduzindo a pretensão sub judice, isso sim, mero arrependimento acerca da inclusão do nome de família materno dos genitores da menor, que conta um ano de idade e, portanto, não é capaz de externar vontade própria. Manutenção da sentença. Apelação desprovida. (TJRS; AC 0077256-82.2018.8.21.7000; Rodeio Bonito; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl; Julg. 16/08/2018; DJERS 24/08/2018).

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO – EXCLUSÃO DE UM DOS SOBRENOMES PATERNOS E INCLUSÃO DO SOBRENOME MATERNO. Procedência parcial, apenas para a pleiteada inclusão. Inconformismo. Inadmissibilidade. Sentença suficientemente fundamentada. Ausência de demonstração de qualquer prejuízo ao menor pela manutenção do sobrenome paterno, que é duplo. Exclusão que descaracterizaria o apelido de família paterno. Pareceres ministeriais que bem elucidam a matéria e reforçam o acerto da sentença, que deve ser mantida. Apelo desprovido. (TJSP; APL 1043043-73.2014.8.26.0100; Ac. 11287716; São Paulo; Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Percival Nogueira; Julg. 20/03/2018; DJESP 26/03/2018; Pág. 2538).

Posto isso, e com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 11/12/2018 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Sideni), após o relator negar provimento ao recurso. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 11/12/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º vogal)

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Rafaela Martina de Oliveira Eyzaguirre, representada por seus pais, Regiane Aparecida Eyzaguirre e Ricardo Alberto Eyzaguirre Manriquez, interpôs recurso de apelação nos autos da ação de retificação de registro civil. Alega que o sobrenome “Oliveira” tem sido causa de tristeza e questionamentos no seio da família e da criança que alega não ter o nome dos pais; que a exclusão do referido sobrenome não trará qualquer prejuízo a menor, mas sim tranquilidade de ter apenas o patronímico dos pais; que o que se pretende, no caso em tela, é enaltecer o sobrenome paterno e excluir um sobrenome que já não identifica a mãe da autora, resguardando a expressão de um grupo familiar que tem sua história e sua reputação, além de facilitar a individualização da autora na sociedade.

³ STJ, REsp 1605061, Relator Ministro Moura Ribeiro, p. 10/05/2018.

Em seu voto o ilustre relator negou provimento ao recurso.

De fato, pelo que se vislumbra do nome Rafaela Martina de Oliveira Eyzaguirre, a presença do sobrenome “Oliveira” em nada prejudica a individualização da família à qual pertence. Vale destacar que no registro de nascimento (f. 08) consta de forma clara que os avós maternos tinham por nome Salvador Francisco de Oliveira e Margarida Ruth de Oliveira. Daí que, ao contrário do alegado, não se trata de sobrenome estranho à árvore genealógica da menor, mas sim oriundo do grupo familiar materno, de forma que não há se falar em constrangimento grave a ponto de justificar sua exclusão.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – SOBRENOME MARITAL – DESCONTENTAMENTO EM SUA ABSORÇÃO MUITO TEMPO APÓS O CASAMENTO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA A PRETENDIDA EXCLUSÃO - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O nome do indivíduo, em regra imutável, constitui atributo da personalidade e possui especial proteção do ordenamento jurídico, na medida em que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana. Conquanto seja admitida em sede de exceção a retificação do nome civil, as efêmeras razões invocadas para a pretendida exclusão não se afiguram suficientes para configurar as hipóteses legais de exceção à imutabilidade ora prestigiada - Recurso a que se nega provimento.” (TJMG. Apelação Cível AC 10090180001225001 Rel. Corrêa Junior 14/11/2018) destaquei.

Posto isto, acompanhando o relator, conheço e nego provimento ao recurso de apelação.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0802781-15.2015.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM EXECUÇÃO – PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES REJEITADA – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO – CONVERSÃO DA AÇÃO EM EXECUÇÃO – FACULDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO – REVISIONAL JÁ JULGADA – IMPOSSIBILIDADE - ENCARGOS ABUSIVOS AFASTADOS – NECESSIDADE DE APURAÇÃO DO SALDO DEVEDOR – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA ORIGINALMENTE FIXADA (ART. 85, § 11, DO CPC) – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Se as razões recursais atacam os pontos da decisão que estariam em confronto com as normas jurídicas, indicando os motivos de fato e de direito pelos quais se pretende que seja proferido novo julgamento, não há ofensa ao princípio da dialeticidade.

O art. 5º, do Decreto-Lei nº 911/69, faculta ao credor a conversão da busca em apreensão em execução, desse modo, não há falar na inadequação da via eleita.

Conforme preceitua o artigo 313, inciso V, alínea a, do CPC/2015, a suspensão do processo tem lugar nas hipóteses em que a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

Ainda que a revisional tenha sido julgada parcialmente procedente, sendo afastada a mora dos devedores, tal fato não implica na extinção automática da execução, não retirando, desde logo, a liquidez e exigibilidade do título.

A cobrança de valor superior ao devido não implica ausência de requisitos de executividade do título, mas, apenas, excesso na execução.

Em razão da interposição da apelação e da consequente sucumbência recursal, a verba honorária fixada na sentença deve ser majorada, conforme determina o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de outubro de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Ariana Soler inconformada com a sentença (f. 447-50) que julgou improcedentes os pedidos formulados nos embargos à execução manejados em face de BV Financeira S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento, interpõe apelação.

Em suas razões recursais aduz, preliminarmente, a carência da ação, sustentando que o procedimento adotado pelo banco é inadequado, pois antes de pedir a conversão em execução, caberia ter pedido a conversão da busca e apreensão em ação de depósito.

Pede a suspensão da ação, nos termos do art. 313, V, “a”, do CPC, visto que há uma ação revisional que se encontra em grau recursal.

No mérito, afirma que não há qualquer base legal para o acolhimento do pedido de conversão da ação de busca e apreensão em execução, uma vez que o título levado a execução não é líquido e certo, eis que os encargos que deram base ao valor apresentado pelo credor foram revistos e se encontram pendentes para o julgamento definitivo.

Por fim, pleiteia o provimento do apelo para que seja extinta a ação e, caso rejeitada a preliminar, pede que seja reconhecida a ausência de mora e o banco condenado ao pagamentos das custas e honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 468-76, com preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, pleiteia o não provimento do recurso e a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Conforme relatado, Ariana Soler inconformada com a sentença (f. 447-50) que julgou improcedentes os pedidos formulados nos embargos à execução manejados em face de BV Financeira S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento, interpõe apelação.

Em suas razões recursais aduz, preliminarmente, a carência da ação, sustentando que o procedimento adotado pelo banco é inadequado, pois antes de pedir a conversão em execução, caberia ter pedido a conversão da busca e apreensão em ação de depósito.

Pede a suspensão da ação, nos termos do art. 313, V, “a”, do CPC, visto que há uma ação revisional que se encontra em grau recursal.

No mérito, afirma que não há qualquer base legal para o acolhimento do pedido de conversão da ação de busca e apreensão em execução, uma vez que o título levado a execução não é líquido e certo, eis que os encargos que deram base ao valor apresentado pelo credor foram revistos e se encontram pendentes para o julgamento definitivo.

Por fim, pede o provimento do apelo para que seja extinta a ação e, caso rejeitada a preliminar, pede que seja reconhecida a ausência de mora e o banco condenado ao pagamentos das custas e honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 468-76, arguindo preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, pleiteia o não provimento do recurso e a manutenção da sentença.

Ab initio, decido quanto a preliminar suscitada em contrarrazões de afronta ao princípio da dialeticidade.

Conforme ensina a doutrina, o princípio da dialeticidade obriga que os recursos impugnem os fundamentos da decisão guerreada, trazendo fundamentação suficiente sobre os pontos que se pretende reformar ou anular.

Torna-se necessário, portanto, que o apelo exponha todas as questões que justificariam a reforma da sentença, evidenciando ao juízo *ad quem* o que se anseia ver modificado pelo colegiado, sob pena de tornar definitivo o julgado recorrido, por falta de demonstração no interesse recursal

Ao verificar as razões recursais, constato que há tanto fundamentos de fato quanto de direito que embasam o inconformismo dos recorrentes, demarcando a extensão do contraditório perante este órgão recursal e apontando as razões pelas quais pretende a reforma da sentença, pelo que não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

O apelante apresentou razões que se irresignaram contra o referido provimento judicial final, e delas é possível extrair fatos e fundamentos que permitem, eventualmente, a modificação da sentença, tanto assim é que foi possível a apresentação de contrarrazões contra os pontos recorridos.

É o que basta para cumprir o princípio da dialeticidade.

Por essas razões, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso por violação do princípio da dialeticidade.

Passo agora à análise do recurso apresentado pelo autor e, por ordem de prejudicialidade, enfrento primeiramente as preliminares por ele suscitadas.

Falta de interesse de agir

Dispõe o artigo 5º, do Decreto-Lei nº 911/69, que:

“Art. 5º Se o credor preferir recorrer à ação executiva, direta ou a convertida na forma do art. 4º, ou, se for o caso ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)”

Verifica-se que é facultado ao banco requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva.

Então, ao contrário do defendido pela apelante, não é necessário primeiro a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – FACULDADE DO AUTOR REQUERER A CONVERSÃO EM AÇÃO EXECUTIVA – HIPÓTESES DO ART. 600 DO CPC/73 – NÃO EXISTENTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. É facultado ao credor, requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, sendo, penhorados, a critério do credor, bens do devedor quanto bastem para

assegurar a execução, conforme o disposto nos arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 911/69. Deve ser mantida a decisão recorrida, quando não se faz presente nenhuma das hipóteses constantes do art. 600 do CPC, como sendo um ato atentatório à dignidade da justiça, uma vez que o simples fato de o devedor não indicar a atual localização do bem, objeto da busca e apreensão, não o classifica como litigante de má-fé. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1402093-82.2016.8.12.0000, Campo Grande, 5.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 26/04/2016, p: 29/04/2016 - g.n).

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – PROGRAMA FINAME AGRÍCOLA – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – OPÇÃO PELO PROCESSO EXECUTIVO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIO AJUIZAMENTO DA BUSCA E APREENSÃO – AVAL – AUTÔNOMO E EQUIVALENTE À OBRIGAÇÃO DO AVALIZADO. 01. No caso de inadimplemento, é facultado ao credor optar pelo processo executivo ou pela busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. 02. O aval é autônomo e equivalente à obrigação do avalizado. O avalista é responsável pelo pagamento do título, sendo assegurado o direito de regresso contra o seu avalizado e demais coobrigados anteriores. Recurso conhecido e não provido. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1413609-02.2016.8.12.0000, Glória de Dourados, 2.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 05/04/2017, p: 06/04/2017 - g.n).

Logo, também não há que se falar em inadequação da via eleita, razão pela qual rejeito a preliminar de carência da ação.

Suspensão da execução

Pede a apelante a suspensão da execução em razão de haver ação revisional esperando o julgamento em grau recursal.

Conforme preceitua o artigo 313, inciso V, alínea a¹, do CPC/2015, a suspensão do processo tem lugar nas hipóteses em que a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

Havendo a relação de prejudicialidade, suspende-se o processo que veicula a causa prejudicada, ou seja, aquele no qual o julgamento dependa do que no outro se decidir.

No caso, verifica-se que a apelante manejou a Ação Revisional nº 0801660-54.2012.8.12.0005, já julgada tanto em primeiro quanto em segundo graus.

Portanto, rejeito o pedido de suspensão da execução.

Quanto ao mérito, aduz a apelante que a mora está descaracterizada em razão do ajuizamento da revisional e porque nesta ação foi reconhecida a abusividade da comissão de permanência cumulada com multa contratual e a ilegalidade da cobrança do TAC e TEC.

De início, esclarece-se que, em consonância com o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, o simples ajuizamento de ação revisional de contrato não tem o condão de suspender a ação de busca e apreensão ajuizada pela instituição financeira.

¹ “Art. 313. Suspende-se o processo: [...] V - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;”

Com efeito, ainda que a revisional tenha sido julgada parcialmente procedente, sendo afastada a mora dos devedores, tal fato não implica na extinção automática da execução, não retirando, desde logo, a liquidez e exigibilidade do título, o que somente ocorreria se apurada a inexistência de saldo devedor, o que não é o caso dos autos.

Assim, uma vez que ainda não foi apurado em liquidação se existe débito em aberto, a execução não deve ser extinta. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO DE MÚTUO HIPOTECÁRIO – SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – AÇÃO REVISIONAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE – ENCARGOS AFASTADOS – EXCESSO DE EXECUÇÃO – PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO. I - A cobrança de valor superior ao devido não implica ausência de requisitos de executividade do título, mas, apenas, excesso na execução. II - Julgada procedente ação revisional tendente a afastar a aplicação de índices de correção monetária indevidos, ou a cobrança de encargos ilegais, a minoração da dívida do mutuário do Sistema Financeiro de Habitação não importa extinção da execução baseada nos valores anteriormente devidos, mas, adequação àqueles encontrados após o julgamento da revisional. Recurso especial provido. (REsp 833858/PR, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 17/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 282 - g.n).

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – EMBARGOS DO DEVEDOR E EXECUÇÃO – SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO REVISIONAL QUE DECLAROU O AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA MORA – EXTINÇÃO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO EM DECORRÊNCIA DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO – IMPOSSIBILIDADE – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO APÓS APURAÇÃO DO SALDO CREDOR NOS TERMOS DA SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL – HONORÁRIO MANTIDOS – RECURSO DO EMBARGADO CONHECIDO EM PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO ADESIVO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1 - A mora afastada na ação revisional não retira, desde logo, a liquidez e exigibilidade do título, o que somente ocorreria se apurada a inexistência de saldo devedor. Hipótese em que a execução prosseguirá com o afastamento da parte ilíquida. Extinção da execução afastada, com determinação de adequação dos valores cobrados ao que foi julgado na ação revisional. 2 - Em razão da necessidade de aplicação de critério equitativo e visando remunerar condignamente o trabalho desenvolvido pelo profissional da advocacia, levando ainda em consideração o grau de zelo do profissional, o tempo, o lugar e a prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e, por fim, tendo em vista o valor da causa e a possibilidade econômica das partes, deve ser mantida a verba honorária fixada. (TJMS. Apelação nº 0804552-48.2013.8.12.0021, Três Lagoas, 3.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 07/07/2015, p: 09/07/2015).

À vista disso, a execução deverá prosseguir, visto que a cobrança de valor superior ao devido não implica ausência de requisitos de executividade do título, mas, apenas, excesso na execução.

Diante do exposto, conheço do recurso, porém lhe nego provimento, mantendo inalterados os termos da sentença recorrida.

Com fulcro no art. 85, § 11, CPC, majoro os honorários recursais para R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e mantenho a suspensão de exigibilidade de tal verba, nos termos do artigo 98, § 3º, do mesmo *codex*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 16 de outubro de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0013493-09.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – *HOME CARE* – TRATAMENTO SOLICITADO PELO MÉDICO – NEGATIVA DE COBERTURA POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL – CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA – APLICAÇÃO DA SÚMULA 608, STJ – NATUREZA DE AUTOGESTÃO – PLANO DE SAÚDE FECHADO – NÃO INCIDÊNCIA DO CDC – POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE COBERTURA E IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE DOENÇAS PELA OPERADORA DO PLANO – PREQUESTIONAMENTO – VERBAS SUCUMBENCIAIS INDEVIDAS PELA PARTE QUE DECAIU MINIMAMENTE DE SEU PLEITO – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

Nos termos da súmula 608, do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Tratando-se de contratação de plano de saúde básico de entidade de autogestão, a cobertura se limita aos procedimentos previstos no próprio contrato e àqueles integrantes do plano de referência, especificados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, no entanto, entende-se a possibilidade de exclusão da cobertura de determinada doença, mas, uma vez relacionada no contrato, não poderá se negar a oferecer tratamento.

O descumprimento de obrigação contratual consistente em permitir o acesso da beneficiária ao tratamento adequado pode gerar danos materiais e, na espécie, são devidos os danos emergentes.

Se um dos litigantes decaiu em parte mínima de seu pleito, o outro responderá na íntegra pelas despesas, custas processuais e honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de CASSEMS e dar provimento ao recurso do autor, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – CASSEMS contra sentença de f. 421-34, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais em ação de obrigação de fazer (plano de saúde) que lhe move Maria Nilza Gottardi Macedo.

Em razões recursais (f. 437-76), sustenta ser imprescindível a reforma da decisão guerreada, pois a CASSEMS caracteriza-se como operadora fechada de plano de saúde ou de autogestão, isso significa incorreta a aplicação do CDC no caso concreto.

Aduz que a lei sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde não ampara *home care* (assistência à saúde no ambiente domiciliar), corolário lógico, não há como ser compelida ao implemento do serviço sob análise.

De igual sorte, menciona ausência de previsão legal e contratual à cobertura de fornecimento de medicamento, isso posto, incorreta condenação.

Argumenta “*não se pode olvidar que, em um aspecto amplo, a ampliação das obrigações contratadas tem levado muitas operadoras de planos de saúde ao declínio, devendo ser preservado o custo-benefício pactuado para o plano Contratado.*”

Outrossim, salienta não restar demonstrado nos autos necessidade de atendimento integral por técnico em enfermagem.

Alega, ademais, não serem cabíveis danos materiais na espécie, ante carência de especialidade dos recibos apresentados, bem como escassez na comprovação de pacto quanto a devolução dos valores despendidos com o tratamento.

Prequestiona a matéria deduzida no recurso.

Ao final, pede conhecimento e provimento do presente apelo, nos termos acima dispostos, “*afastando a obrigatoriedade de fornecimento de tratamento domiciliar, manifestamente sem cobertura contratual, sendo certo que a conduta da apelante tem respaldo legal e regulamentar*”.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (f. 515-23), na qual roga pelo “*improvemento do presente recurso de apelação, mantendo a r. Sentença objurgada*”.

Por sua vez, Maria Nilza Gottardi Macedo igualmente interpôs apelação (f. 508-12), na qual argumenta incorreta a decisão no tocante à sucumbência recíproca à razão de 50% para cada litigante, haja vista ter sido mínima sua parte na sucumbência.

Pleiteia, portanto, o afastamento do ônus da sucumbência que lhe recai e, por consequência, a condenação da apelada ao “*pagamento exclusivo e integral das despesas processuais e dos honorários advocatícios, na forma do parágrafo único do art. 86 do CPC*”.

Instado, o recorrido ficou-se inerte (f. 524).

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS interpôs recurso de apelação contra sentença de f. 421-34, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais em ação de obrigação de fazer (plano de saúde), que lhe move Maria Nilza Gottardi Macedo.

Por sua vez, Maria Nilza Gottardi Macedo igualmente propõe apelação contra idêntica sentença, para atribuir o ônus de sucumbência exclusivamente à CASSEMS.

O provimento judicial contra o qual se insurgem dispôs (f. 432-3):

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente o pedido inicial para:

a) ratificar a liminar concedida initio litis, condenando a ré a arcar com o tratamento domiciliar (home care) à autora, nos seguintes termos: a.1) disponibilizar, em tempo integral, técnico de enfermagem “para cuidados com a alimentação da autora, que é realizada através da gastrostomia, para administrar medicamentos injetáveis, realizar curativos, prevenir a formação de escaras, entre outros cuidados”; a.2) fornecer 5 (cinco) sessões semanais de tratamento fisioterápico efô noaudiológico, no domicílio da autora, tudo sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais); b) condenar a ré ainda, a restituir à autora a quantia de R\$ 28.175,00 (vinte e oito mil cento e setenta e cinco reais), devendo ser abatido o valor R\$ 10.260,00 (dez mil duzentos e sessenta reais), com incidência de juros e correção monetária pelo IGPM/FGV, à contar da data dos respectivos pagamentos.

Ante a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais no percentual de 50% para cada uma, além de honorários advocatícios devidos aos patronos da parte adversa, que arbitro em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º do CPC. Fica, todavia, suspensa a exigibilidade da condenação em relação à autora, por ser beneficiária da gratuidade judiciária (ex vi do art. 98, § 3º do CPC).

A controvérsia principal cinge-se em verificar a legitimidade em compelir a prestadora de plano de saúde (CASSEMS) ao custeio do *home care*.

Inicialmente, por tratarem de temas que não guardam relação entre si, esmiúço o recurso interposto pela CASSEMS.

Em suas razões, a apelante afirma ser associação civil instituída para fins não econômicos, sendo classificada perante a Agência Nacional de Saúde como operadora de autogestão, portanto, não comercializa seu plano de saúde no mercado, que seus recursos são oriundos de contribuições dos servidores beneficiários e que sua atuação se dá de acordo com as normas estatutárias e com o rol de procedimentos estabelecido pela ANS, de sorte que, não havendo previsão de cobertura para o atendimento requerido e fornecimento de alimentação especial, não tem condições de arcar com o tratamento pleiteado sem comprometer o seu equilíbrio econômico.

Expôs que não objetiva lucro, como os demais planos de saúde, não se confundindo com as cooperativas médicas, porque desenvolve-se com autogestão e possui caráter associativo, com regramento próprio e específico (art. 10, da Lei nº 9.656/98), por isso estaria autorizada a limitar direitos e atribuir deveres aos associados, sem que isso signifique violação do CDC.

Malgrado entendimento externado por esta Corte até então em casos análogos, no sentido de que se aplica a codificação consumerista aos contratos de fornecimento de planos de saúde, mesmo quando se trata da modalidade de autogestão, a matéria recebeu solução diversa perante o Superior Tribunal de Justiça que, cancelando o Enunciado nº 469 de sua jurisprudência, editou o enunciado nº 608, cujo teor, mais restritivo que o anterior, dispõe:

Súmula nº 608: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (grifei).

O novo entendimento daquela Corte buscou privilegiar as operadoras de planos de saúde que operam na modalidade de autogestão, cujos serviços são prestados através de contraprestação que não visa o lucro, sendo definidas com base na remuneração de seus integrantes, garantindo-se a observância do princípio do mutualismo e da solidariedade.

Certo que se trata de súmula de observância obrigatória, nos limites do art. 927, IV, NCPC, deve ser afastada a aplicação do CDC no caso em análise.

Pois bem, conquanto inaplicáveis as normas consumeristas, o resultado do caso em nada se altera.

Fixada a premissa supra, cumpre analisar se o procedimento vindicado pela parte autora (*home care*) se enquadra dentre aqueles previstos na cobertura do contrato de plano de saúde entabulado pelos litigantes, com observância das normas de regência das atividades de assistência de saúde.

Como relatado na inicial, no ano de 2014 a requerente, ora apelada, sofreu um acidente vascular cerebral (AVC), culminando em uma atrofia cerebral, com sequelas físicas e neurológicas, as quais inviabilizam a realização de qualquer ato da vida civil, não podendo efetuar qualquer atividade sem ajuda de outra pessoa, sendo seu quadro de incapacidade irreversível.

Expõe-se que em razão da prescrição médica, a requerente solicitou a liberação do tratamento em casa – *home care*.

Há nos autos prova inequívoca do estado de saúde da autora, sendo que após avaliação foi-lhe indicado tratamento domiciliar, conforme laudo médico de f. 85-6, eis que a apelada:

“(...) se encontra em nível de consciência mínima, tetraparética, acamada, com impossibilidade de fala e de deglutição. Paciente apresenta quadro de teraparesia de predomínio em hemicorpo direito, cedeirante, deambula, poucos passos com apoio, disfagia com alimentação por gastrotomia, disartria, incontinência urinária (uso de fralda). Além disso apresenta déficits cognitivos acentuados nas áreas de concentração, memória, abstração e planejamento, por vezes não reconhece as filhas.”

Por sua vez, laudo realizado por perito do juízo concluiu que (f. 390-1):

Maria Nilza Gottardi

a) É portadora de sequela de AVC com tetraparesia, alterações cognitivas graves, gastrostomia e traqueostomia.

b) Encontra-se atrofada no leito, sendo que suas necessidades básicas de higiene e alimentação são realizadas pela técnica de enfermagem e seu esposo.

c) Após a avaliação na autora e considerando seu o estado atual, entende este perito que:

É necessário um profissional da saúde (técnico de enfermagem) para cuidados com a alimentação da autora, que é realizada através da gastrostomia, para administrar medicamentos injetáveis, realizar curativos, prevenir a formação de escaras, entre outros cuidados;

Para cuidados com a higiene, necessita de um cuidador ou pessoa da família, pois não demanda obviamente de cuidados especializados.

Necessita também do tratamento fisioterápico, tendo em vista o fato de estar acamada há longa data.

Ao impugnar o laudo pericial efetivado pelo experto (f. 396-401), a apelante acostou parecer realizado por assistente técnico da requerida concluindo “o equívoco cometido pelo perito judicial altera, de maneira dramática, a situação clínica da paciente”.

Sem embargo tratar-se de profissional com notório gabarito, seu parecer diverge das demais provas acarreadas aos autos.

Como bem ponderado pelo julgador de instância de piso,

“Ainda que o parecer médico do assistente técnico da ré divirja do laudo (f. 397-401), verifica-se que referido posicionamento está dissociado das indicações prescritas pelos médicos que acompanham a autora (f. 84-99), assim como da própria prova pericial realizada por perito da confiança do juízo e sob o crivo do contraditório e da ampla devesa e, portanto, não deve prevalecer. Portanto, é inquestionável a necessidade da autora receber tratamento médico domiciliar (home care), competindo apenas verificar se a ré possui tal dever. E, nesse sentido, a resposta é positiva.” (f. 427)

A competência para fixação do rol de procedimentos que integram referido plano básico de referência, por sua vez, foi deferida à Agência Nacional de Saúde Suplementar, nos expressos termos do art. 4.º, da Lei nº 9.961/00, que determina:

Art. 4.º Compete à ANS: (...)

III – elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho 1998 e suas excepcionalidades;

Mediante parecer, a Agência Nacional de Saúde Suplementar decidiu:

*Destaca-se que, na saúde suplementar, a atenção ou assistência domiciliar (Home Care) pode ser oferecida pelas operadoras como alternativa à internação hospitalar. **Releva enfatizar que somente o médico assistente do beneficiário poderá determinar se há ou não indicação de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar.** Parecer Técnico nº 05/GEAS/GGRAS/DIPRO/2018 – Cobertura: Assistência Domiciliar (Home care). (grifei).*

Assim, a negativa da ré, sob o argumento de que o tratamento pleiteado não é obrigatório ou regulamentado, não se justifica, na medida em que é reconhecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, sob condição de determinação médica, o que ocorreu no feito.

De outro lado, ante o disposto no art. 2º, da Resolução Normativa ANS nº 259/2011, a operadora deverá garantir o acesso dos beneficiários aos serviços e procedimentos definidos no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS para atendimento integral das coberturas médicas previstas nos artigos 10, 10-A e 12, da Lei nº 9.656/98.

Verifica-se, ademais, conforme entendimento jurisprudencial, que deve prevalecer é a existência de previsão de cobertura para a patologia em questão e não a forma de tratamento a ser empregada.

Senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR (HOME CARE) – DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO – INSURGÊNCIA DA RÉ. 1. *A jurisprudência do STJ tem entendimento firmado no sentido de ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. A discussão acerca da necessidade de internação domiciliar reclama a incursão no conteúdo fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 734.111/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016 - grifei).

No particular, a doença que acomete a autora – atrofia muscular, alterações cognitivas, gastrostomia e traqueostomia aberta, oriundas de um AVC (acidente vascular cerebral) – tem cobertura contratual, tanto que os tratamentos anteriores foram custeados pelo plano de saúde, cabendo ao médico responsável pelo atendimento indicar quais são os procedimentos que podem trazer benefício ao paciente.

Na ausência de regras contratuais, a conversão da internação hospitalar em domiciliar (*home care*) pode ser obtida.

Assim, a escolha cabe ao médico, e não à empresa de saúde, que considera questões meramente econômicas.

Nesse passo, se existe cobertura contratual para o mal que acomete a paciente, a indicação do tratamento não é matéria de disposição contratual. Ou seja, o plano de saúde pode excluir da cobertura determinada doença, mas, uma vez relacionada no contrato, não poderá se negar a oferecer tratamento.

Assim, havendo previsão contratual para cobertura do procedimento necessário, afigura-se ilegítima a recusa da ré em autorizar que seja realizado por meio de *home care*, devendo a apelante arcar com todas as despesas decorrentes do tratamento pleiteado, a fim de garantir a dignidade inerente a todo ser humano, um dos pilares constitucionais (art. 1.º, III, CF).

Quanto à condenação em disponibilização de técnico de enfermagem em tempo integral e as 05 sessões de fonoterapia e fisioterapia, afirma a apelante:

“Não ser justa a imposição de tratamento domiciliar, haja vista que a apelada não tem necessidade desse tipo de tratamento de forma a ter que ser disponibilizado um Técnico de Enfermagem em tempo integral, além disso ressalta-se que a paciente não faz uso de medicação endovenosa, não necessita de aspiração traqueal, não faz uso de sonda vesical de demoras SVD, não apresenta lesão por pressão, ou seja, lesão no corpo, portanto, não há motivos que justifique a importância ou disponibilização de um técnico de enfermagem, especialmente em período integral”.

Pela exposição, fundamenta o conserto da decisão a fim de restar afastada a viabilização do técnico em enfermagem por tempo integral e minorar para 03 sessões semanais de fonoterapia.

Razão não lhe assiste.

Isso porque atendendo aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, sem afastar-se, contudo, da dignidade da pessoa humana, o magistrado seguiu as recomendações do experto.

Veja-se o laudo realizado por perito oficial:

É necessário um profissional da saúde (técnico de enfermagem) para cuidados com a alimentação da autora, que é realizada através da gastrostomia, para administrar

medicamentos injetáveis, realizar curativos, prevenir a formação de escaras, entre outros cuidados;

Para cuidados com a higiene, necessita de um cuidador ou pessoa da família, pois não demanda obviamente de cuidados especializados.

Necessita também do tratamento fisioterápico, tendo em vista o fato de estar acamada há longa data.

Ao determinar que a apelantes disponibilize técnico em enfermagem, sessões de fonoterapia e fisioterapia e, ao mesmo tempo, deliberar cuidados com higiene a cargo de pessoa da família, depreende-se que o fim maior da decisão sob estudo seria garantir que a autora-apelada tenha seus direitos fundamentais resguardados, sem, todavia, onerar de forma excessiva a apelante.

Logo, viabilizar o técnico em enfermagem por tempo integral e as 05 sessões de fonoterapia e fisioterapia é medida que se impõe.

No que concerne aos danos materiais, houve condenação da apelante a restituir o montante de R\$ 17.915,00 (diferença do valor despendido pela apelada e parcial restituição já realizada pela apelante).

A CASSEMS assevera que não há que se falar em reembolso de despesas, mormente inexistente sua obrigação ao tratamento domiciliar pleiteado.

Primeiramente, pode haver limitação do tipo de enfermidade coberta pelo plano de saúde, mas não quanto ao tratamento indicado pelo profissional médico objetivando a cura ou a melhora das condições do paciente.

Ademais, o *home care* é uma extensão do atendimento hospitalar, que tem previsão contratual.

Diante disso, cabível o reembolso de valores dispendidos na realização do tratamento domiciliar pelo período em que o plano de saúde deixou de fornecer o serviço de forma devida ou demorou para autorizá-lo, haja vista que a falha na prestação do serviço gerou o prejuízos de ordem patrimonial.

Logo, acertadamente, concluiu o juiz de primeiro grau:

“Não socorre a ré o argumento de que a autora não pleiteou o reembolso de referidas quantias, pois ainda que não o tenha feito, não estava obrigada a tanto. Noutras palavras, havendo demonstração nos autos de que a ré deve fornecer o tratamento médico domiciliar à autora, conforme atestou a perícia médica realizada pelo juízo, os gastos por ela dispendidos e devidamente comprovados nos autos para custeio de seu tratamento, devem reembolsados pela ré, por ser consectário lógico do reconhecimento do dever desta de disponibilizar àquela espécie de tratamento.”

Portanto, devido ao dano material nos limites da sentença.

Com relação ao prequestionamento, ressalto que o julgador não está obrigado a se manifestar especificamente acerca de todas as normas legais invocadas pelas partes, necessitando apenas indicar o suporte jurídico no qual embasa seu juízo de valor, entendendo ter dado à matéria a correta interpretação jurídica.

Por tudo quanto aqui exposto, tenho que exclusivamente o pleito que visa afastar a incidência do CDC à demanda merece guarida.

À vista disso, passo ao exame da apelação de Maria Nilza Gorttardi.

Ao seu turno, pretende a autora-recorrente a reforma da decisão de primeiro grau com intuito de ver afastada sua condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Nesse aspecto, argumenta que apenas a ré-recorrida deve ser condenada, já que:

“(...) ao final da instrução probatória, o Juízo a quo acolheu integralmente o pedido principal da apelante e, com relação ao pedido secundário e indenizatório de danos materiais pleiteado na inicial, o acatou apenas parcialmente, vez que condenou a Apelada ao reembolso da quantia de R\$ 28.175,00, entretanto, determinou o abatimento do valor de R\$ 10.260,00, vez que se comprovado no decorrer da lide o reembolso dessa quantia”.

Segundo se infere dos autos, houve a formulação de pedidos cumulados sucessivamente (obrigação de fazer – internação no regime *home care* e danos materiais) e apenas parte de um não foi acolhido.

Logo, considerando que a autora decaiu de parte de um de seus pedidos (montante de dano material), há incongruência na distribuição das verbas sucumbenciais no caso presente, afinal, a imposição dos ônus processuais orienta-se pelo princípio da sucumbência, apoiado pelo princípio da causalidade.

Ademais, ainda que a ré-recorrida tenha dado causa ao ajuizamento da ação (princípio da causalidade), ante a improcedência de parte da pretensão reparatória (danos materiais), a parte autora resta sucumbente minimamente frente a ela (princípio da sucumbência), tudo a demonstrar que o juízo singular agiu com desacerto na distribuição dos ônus sucumbenciais.

É o caso, pois, de aplicação do princípio da sucumbência e o ônus do encargo se impõe não exatamente a quem deu causa à ação, mas sim a quem não tinha razão na lide.

Desse modo, incerta se mostra a condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais à razão de 50% às partes, eis que a recorrente decaiu de parte mínima de sua pretensão, porquanto foi julgada procedente parte substancial do seu pleito por danos emergentes.

Neste sentido, precedente deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA PARTE RÉ – CONDENAÇÃO DO AUTOR NO PAGAMENTO INTEGRAL DAS CUSTAS E DEMAIS DESPESAS PROCESSUAIS – RECURSO PROVIDO. *Se um dos litigantes decaiu de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários, forte no que dispõe o parágrafo único do art. 21 do CPC.* (Relator(a): Des. Sérgio Fernandes Martins; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1.^a Câmara Cível; Data do julgamento: 25/08/2015; Data de registro: 31/08/2015).

Como visto, a ação foi julgada parcialmente procedente, sendo a autora sucumbente apenas no que se refere ao valor da indenização.

Entendo, assim, que houve sucumbência mínima e, desse modo, a condenação à apelada CASSEMS aos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios é medida que se impõe.

Ante o explicitado, conheço do recurso de apelação da operadora do plano de saúde CASSEMS e lhe dou parcial provimento meramente para afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Conheço, também, do recurso de apelação de Maria Nilza Gottardi Macedo e lhe dou provimento para afastar a distribuição da sucumbência e, assim, atribuir exclusivamente à Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – CASSEMS a responsabilidade pelo pagamento das custas e despesas processuais, bem como pelos honorários advocatícios no percentual fixado na sentença, devidamente atualizado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso de CASSEMS e deram provimento ao recurso do autor, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0838979-29.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA – DIREITO TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA – AÇÃO DECLARATÓRIA PARA A RESTITUIÇÃO DE EXCESSO RECOLHIDO COM BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – PRELIMINARES CONHECIDAS – ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA REJEITADAS – PRESCRIÇÃO ACOLHIDA – RE 593.489/MG – REPERCUSSÃO GERAL – MODULAÇÃO DOS EFEITOS QUE ENGLOBA A PRESENTE DEMANDA – APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO A PARTIR DO JULGAMENTO DO RE – DEVER DE RESTITUIÇÃO DECLARADO – APROVEITAMENTO EM ESCRITURAÇÃO FISCAL – ARTIGO 170-A, DO CTN, NÃO APLICÁVEL – RECURSO DO ESTADO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DAS EMPRESAS PARCIALMENTE PROVIDO.

O pedido de restituição de valores de operações deve se amoldar aos termos do artigo 165, I e 168, I, ambos do CTN, com a interpretação da LC nº 118/2005.

Conforme novo entendimento do STF, no RE 593.849/MG-RG, há direito à restituição ou compensação do ICMS recolhido em excesso sobre o valor real da operação na modalidade de substituição tributária progressiva.

Segundo esclarecido no representativo da controvérsia “*os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral*”, o que engloba o presente caso ajuizado posteriormente àquele julgamento.

Segundo orientação jurisprudencial do STJ, o art. 170-A, do CTN, segundo o qual “*é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial*”, não é aplicável às hipóteses de aproveitamento de crédito escritural.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator. (Compareceu o advogado Marcelo Allegrini para a realização de sustentação oral, que não foi necessária)

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Hyundai Caoa do Brasil e Estado de Mato Grosso do Sul interpuseram apelações cíveis contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação declaratória cumulada com restituição de valores, julgou parcialmente os pedidos iniciais.

No apelo de f. 368-84, argumenta que o entendimento proferido no *leading case* RE 593.849/MG não realizou minuciosa análise a respeito do termo inicial da produção dos efeitos do julgamento, se a partir da publicação da ata de julgamento ou do acórdão.

Defende que ao entender que as apelantes não teriam direito de se aproveitar das diferenças do ICMS – ST, segundo a decisão das Cortes Superiores há direito de restituição da diferença do imposto com correção.

Pede o provimento do recurso para reformar a sentença e assegurar o direito de reaver valores indevidamente recolhidos, em razão da inaplicabilidade da modulação dos efeitos da decisão do RE 593.849/MG, além de assegurar o direito de aproveitar o crédito mediante lançamento em livros fiscais de crédito escritural correspondente ao montante que deixou de ser apropriado ou a expedição de precatório, com correspondente atualização pelos mesmos índices aplicáveis para a exigência de débitos de ICMS desde a data em que deixaram de ser aproveitados em função das inconstitucionais limitações impostas pela Fazenda.

Contrarrazões foram juntadas às f. 479-96, com arguição preliminar de ilegitimidade, prescrição e manutenção da restituição conforme a modulação dos efeitos do STF.

No apelo de f. 404-22, o Estado de Mato Grosso do Sul reitera a ilegitimidade ativa da parte autora para buscar a restituição de imposto que caberia aos substituídos.

No mérito, argumenta que a modificação de entendimento jurisprudencial do STF quanto à tese de julgamento do RE 593.849/MG requer aplicação futura por se tratar de novo critério interpretativo, o que significa que no presente caso deve prevalecer o posicionamento consolidado na ADI 1851/AL.

Pela eventualidade, mantendo-se o entendimento do direito à restituição do imposto, defende que é incabível a compensação tributária mediante creditamento fiscal.

Pede o provimento do recurso para acolher a ilegitimidade de parte, reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais, com inversão do ônus de sucumbência.

Contrarrazões foram juntadas às f. 461-78, com pedido para o desprovimento do recurso do Estado de Mato Grosso do Sul.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Hyundai Caoa do Brasil, S Motors Comércio Importação e Exportação Ltda e Estado de Mato Grosso do Sul interpuseram apelações cíveis contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação declaratória cumulada com restituição de valores, julgou parcialmente os pedidos iniciais.

Preliminares.

O Estado de Mato Grosso do Sul reitera preliminar de ilegitimidade ativa das empresas Hyundai Caea do Brasil, S Motors Comércio Importação e Exportação Ltda ao argumento de que, por se tratar de imposto indireto, os litigantes deveriam estar expressamente autorizados pelo substituto a requerer a restituição pleiteada ou então comprovarem ter suportado a carga tributária, nos moldes ditados pelo artigo 166 do CTN.

Não há razão ao recorrente.

O fato de não ter demonstrado o repasse do encargo econômico ao consumidor final não enseja a ilegitimidade ativa dos autores da ação que, na qualidade de substituídos, postulam o direito ao crédito decorrente da diferença a maior entre o valor da venda e a base de cálculo presumida na substituição tributária progressiva.

É o que prevê o artigo 10, da Lei Complementar nº 87/96, aplicado pela jurisprudência pátria em recentes situações¹.

Além dessa possibilidade, eventual condenação deverá passar pela devida liquidação de valores, ocasião em que aí sim haverá efetiva comprovação do quanto custeado com o tributo porventura pago a maior.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

Em relação à ilegitimidade tributária ativa do Estado de Mato Grosso do Sul, arguida em contrarrazões (f. 480-1), porque o ICMS se opera em transações interestaduais, repartindo-se os valores entre o Estado produtor e Estado consumidor, há de se observar que apesar de sequer aventada na fase de conhecimento, por se tratar de questão de ordem pública poderá ser conhecida nesta fase recursal.

A relação discutida nestes autos refere-se ao recolhimento de ICMS nos casos de substituição tributária progressiva que também se submetem a regramentos interestaduais e diferencial de alíquota.

Nesse caso, se proposta contra o Estado de Mato Grosso do Sul, eventuais créditos existentes da restituição de valor recolhido a maior deverão ser objeto de cálculos restritos ao quanto pago ao Fisco deste Estado e não de outro, em razão da regra de diferencial entre as alíquotas interna e interestadual, sob pena de visível ilegitimidade.

Subsumindo-se a delimitação do pedido a estas constatações, rejeito a preliminar de ilegitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por fim, quanto à prejudicial de prescrição para o pleito de restituição, matéria da qual apesar de não alegada na fase de conhecimento e nem analisada pela sentença, por se tratar de questão cognoscível de ofício, também é possível sua abrangência nesta fase.

Ora, o pleito das autoras (f. 14) envolve eventual restituição de valores de operações ocorridas nos cinco anos que antecederam o ajuizamento da demanda, o que deve se amoldar aos termos do artigo 165, I, e 168, I, ambos do CTN, com a interpretação da LC nº 118/2005.

Nesses termos, a delimitação quanto ao prazo prescricional deve ser acolhida.

Mérito.

¹ TJSP; AI 2037950-82.2018.8.26.0000; Ac. 11828538; São Paulo; Sexta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Sidney Romano dos Reis; Julg. 24/09/2018; DJESP 04/10/2018; Pág. 2897; TJDF; APC 2016.01.1.109776-5; Ac. 112.2529; Segunda Turma Cível; Rel. Des. César Loyola; Julg. 05/09/2018; DJDFTE 13/09/2018.

No caso estabeleceu-se discussão basicamente sobre a possibilidade de restituição do valor de ICMS recolhido a maior em casos de substituição tributária progressiva, quando a base de cálculo presumida supera o valor da operação de saída, como autorizada constitucionalmente pelo artigo 150, § 7º.

O histórico jurisprudencial desta matéria perante o STF foi esclarecida na sentença que retratou a mudança do entendimento da Corte Suprema, eis um trecho:

“(...) Como na substituição para frente o recolhimento se dá antes da ocorrência do fato gerador, não há como saber se a base de cálculo estimada corresponderá a base de cálculo real. Se o fato gerador não ocorrer, deve haver a restituição do valor pago, conforme expressamente prevê o art. 150, § 7º da Constituição, contudo, no que atine a restituição no caso do recolhimento ter sido a maior, sempre houve ferrenha controvérsia, apontado a doutrina severas críticas ao regime de substituição tributária.

Diante de tal situação, diversos Estados celebraram o Convênio ICMS nº 13/97, no âmbito do CONFAZ, que vedou expressamente a restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final fosse de valor inferior ao do fato gerador presumido.

Convênio 13/97

Cláusula primeira A restituição do ICMS, quando cobrado sob a modalidade da substituição tributária, se efetivará quando não ocorrer operação ou prestação subsequentes à cobrança do mencionado imposto, ou forem as mesmas não tributadas ou não alcançadas pela substituição tributária. pago dar-se-ia nos casos em que o fato gerador presumido não se realizasse.

Não obstante disposição expressa do convênio acerca do não cabimento de restituição quando o fato gerador real foi inferior ao presumido, permaneceram as divergência doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, sendo o Convênio submetido à controle abstrato de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 1.851), tendo como objeto sua cláusula segunda.

Assim, em 2002, no julgamento da ADI 1.851, o Supremo declarou a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/97, que dispõe não caber restituição ou complementação no caso do valor da base de cálculo estimada não corresponder ao da base de cálculo real, no caso da substituição tributária. (ADI 1.851. Relator Ministro Ilmar Galvão. DJ 22.11.2002)

Contudo, para a solução da controvérsia, deve incidir o novo entendimento firmado no C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 593.849/MG, submetido à sistemática da repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – DIREITO TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE – CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – BASE DE CÁLCULO REAL – RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA – ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE – ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias

dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar tipificante na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, § 7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, § 11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 593849, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-065 Divulg 30-03-2017 Public 31-03-2017 Republicação: DJe-068 Divulg 04-04-2017 Public 05-04-2017) (...)

A questão que remanesce é fixar-se a partir de qual momento referido entendimento deve ser aplicado, o que parece não remanescer dúvidas, a partir da análise observada nos subseqüentes aclaratórios opostos àquele RE:

SEGUNDOSEMBARGOSDECLARAÇÃOEMRECURSOEXTRAORDINÁRIO – DIREITO TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA – SÚMULA DE JULGAMENTO – ATA DE JULGAMENTO – PREMISSAS FÁTICAS – SUPORTE NORMATIVO – EFEITOS INFRINGENTES – IMPOSSIBILIDADE – CONTRADIÇÃO – OMISSÃO – NÃO CONFIGURADA – ESCLARECIMENTO – POSSIBILIDADE. 1. (...) 4. A tese de julgamento que consta em ata de julgamento publicada no Diário Oficial possui força de acórdão, até a publicação deste. Assim, o marco temporal de observância da orientação jurisprudencial para casos futuros ajuizados após o julgamento do paradigma deve ser considerado a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Arts. 1.035, § 11, e 1.040 do CPC. 5. (...) 6. Não há contradição na modulação de efeitos da decisão recorrida realizada, pois se trata de faculdade processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica. Não há, então, relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente (prospective overruling). Art. 927, § 3º, do CPC. 7. (...) Embargos declaratórios rejeitados. (RE 593849 ED-segundos, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, Processo Eletrônico DJe-263 Divulg 20-11-2017 Public 21-11-2017).

No apelo de f. 368-84, os recorrentes Hyundai Caoa do Brasil Ltda e S Motors Comércio Importação e Exportação sustentam ter o direito de reaver valores indevidamente recolhidos, em razão da inaplicabilidade da modulação dos efeitos da decisão do RE 593.849/MG, além de assegurar o direito de aproveitar o crédito mediante lançamento em livros fiscais de crédito escritural correspondente ao montante que deixou de ser apropriado ou a expedição de precatório, com correspondente atualização pelos mesmos índices aplicáveis para a exigência de débitos de ICMS desde a data em que deixaram de ser aproveitados em função das inconstitucionais limitações impostas pela Fazenda.

Em entendimento diametralmente oposto, no apelo de f. 404-22, o Estado de Mato Grosso do Sul argumenta que a modificação de entendimento jurisprudencial do STF requer aplicação futura por se tratar de novo critério interpretativo, nos termos do artigo 14, do CTN, o que significa que no presente caso deve prevalecer o posicionamento consolidado na ADI 1851/AL.

Pela eventualidade, mantendo-se o entendimento do direito à restituição do imposto, o recorrente defende ser incabível a compensação tributária mediante creditamento fiscal.

Pois bem, no julgamento do recurso extraordinário acima aludido, o Ministro relator fez constar em sua ementa que *“os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral”*, de forma que se a ação foi proposta posteriormente a ele, mostra-se adequada a declaração de direito a partir de tal data e, inclusive, para o presente caso.

O fato da propositura desta ação ser anterior ao julgamento dos aclaratórios que, apesar de ter esclarecido a modulação dos efeitos da decisão, não os acolheu, denota claramente a submissão desta causa aos termos vinculantes e decididos no RE 593.849/MG em 19/10/2016, justamente porque analisado sob o enfoque daquele novo entendimento, com a adequada aplicação, inclusive em obediência aos preceitos do artigo 146, do CTN.

Quanto aos fatos geradores anteriores àquele julgamento, mantém-se o entendimento da ADI 1851 que significava entendimento até então vigente pelo não cabimento da restituição ou aproveitamento tal qual pleiteado.

O entendimento externado pela sentença ora recorrida, portanto, deve ser mantido, com a observação de também albergar as operações ocorridas a partir do julgamento do representativo pelo STF (19/10/2016), e não a data da propositura desta ação, especificamente.

Com relação ao pleito de aproveitamento do crédito mediante lançamento em livros fiscais de crédito escritural correspondente ao montante que deixou de ser apropriado, há de se observar que também neste aspecto o STF se pronunciou naquele caso concreto.

A determinação de restituição do indébito contemplou a possibilidade de compensação tributária mediante lançamento em escrita fiscal dos créditos de ICMS pagos a maior, desde que observada a legislação tributária estadual a esse respeito, naquilo que efetivamente não contrarie o novo entendimento vinculante do STF.

No presente caso, o Estado de Mato Grosso do Sul em seu apelo defende a aplicação dos artigos 170-A, do CTN, e 274, parágrafo único, do Código Tributário Estadual (Lei Estadual nº 1.810/97), tese que não comportaria a abertura desta instância, pela inovação recursal.

Entretanto, esse argumento encontra guarida em entendimento pacificado pelo STJ, em recurso julgado sob o rito de repetitivo, a partir dos temas 345 e 346, o que deve ser analisado em razão da obrigatoriedade dessas decisões.

No entanto, por mais evidente que seja a disposição tratada pelos referidos artigos e representativos julgados no STJ, tal imposição não se enquadra ao aproveitamento de crédito escritural, o que já foi objeto de decisão naquela Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL – (...) TRIBUTÁRIO – CREDITAMENTO – IPI – INSUMOS ISENTOS, NÃO TRIBUTADOS OU TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO – COMPENSAÇÃO – 170-A DO CTN – EXIGÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO – CREDITAMENTO – INAPLICABILIDADE – CORREÇÃO MONETÁRIA – 166 DO CTN – TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO. PRECEDENTES.

1. (...) 7. O art. 170-A do CTN, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes

do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”, não é aplicável às hipóteses de aproveitamento de crédito escritural.

8. Recurso especial da União parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

9. Recurso especial da demandante parcialmente conhecido e, nesta parte, provido parcialmente. (REsp 672.816/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 19/12/2005, p. 227).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – CIDE – DEDUÇÃO CONTÁBIL COM PIS E COFINS – FIGURA DISTINTA DA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA – INAPLICABILIDADE DO ART. 170-A DO CTN AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ALEGAÇÕES GENÉRICAS – ART. 535 DO CPC/1973 – SÚMULA 284/STF – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA – SÚMULA 182/STJ.

1. (...) 3. São figuras distintas a compensação e o aproveitamento contábil de crédito pelo contribuinte. Apenas mediante expressa autorização do legislador, a compensação pode ser empregada como forma excepcional de utilização de créditos escriturais (REsp 891.367/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 22/2/2007, p. 172). 4. (...) 5. Logo, inaplicável ao caso o art. 170-A do Código Tributário Nacional. (...) 8. Recurso Especial da Companhia Albertina Mercantil e Industrial provido. Agravo em Recurso Especial da Fazenda Nacional do qual não se conhece. (REsp 1645407/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 20/04/2017).

Havendo diferença dos institutos discutidos (compensação e aproveitamento mediante escrituração fiscal), e tendo em vista que a vedação legal e jurisprudencial não dizem respeito à segunda figura que foi a pleiteada pela parte autora, deve-se declarar o direito a tal crédito escritural.

Por fim, quanto à forma de atualização dos valores, apesar de as autoras defenderem os mesmos índices aplicáveis para a exigência de débitos de ICMS, o STF, ao apreciar questão de ordem nos autos das ADI's 4425 e 4357, fixou exatamente os parâmetros para a aplicação de atualização monetária de condenações contra a Fazenda Pública, o que deverá ser cumprido até porque o julgamento passou a ter caráter vinculante pelos Temas 810, do STF, e 905, do STJ.

Tais cálculos, como já observei em passagens anteriores, deverá passar pela devida liquidação, nos moldes do artigo 509, II, do CPC.

Analisados os pontos necessários, a sentença deve ser reformada.

Pelo exposto, conheço os recursos, dou parcial provimento ao recurso de Estado de Mato Grosso do Sul apenas para constar a ressalva da prescrição incidir nos termos dos artigos 165, I, e 168, I, ambos do CTN, com a interpretação da LC nº 118/2005, e dou provimento ao recurso de Hyundai Caoa do Brasil Ltda e S Motors Comércio Importação e Exportação a fim de autorizar o creditamento da restituição em escrituração fiscal nas operações ocorridas a partir de 19/10/2016 (data do julgamento do RE 593.849/MG-RG), aplicando-se o entendimento do STF nas ADI's 4425 e 4357 quanto à atualização dos créditos tributários.

Afasto a hipótese do reexame necessário, diante do entendimento de que, existente recurso voluntário, não há falar em submissão ao reexame de ofício, como compreendemos na análise da Apelação nº 0800952-12.2014.8.12.0012, julgada por esta 1.^a Câmara Cível, em voto de minha Relatoria, no último dia 01.08.2018, o que também é sustentado pela doutrina de Eduardo Talamini².

Deixo de majorar honorários, diante do êxito de quem sucumbiu parcialmente na primeira instância.

² Reexame necessário: hipóteses de cabimento no CPC/2015. Coligido no site jurídico migalhas: <http://bit.ly/2wt6lZ5>

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator. (Compareceu o advogado Marcelo Allegrini para a realização de sustentação oral, que não foi necessária)

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

3ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1406634-90.2018.8.12.0000 - Batayporã****Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA PROVISÓRIA – IMEDIATO AFASTAMENTO DE SECRETÁRIOS MUNICIPAIS – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – VIOLAÇÃO NÃO VERIFICÁVEL DE PLANO – CARGOS DE NATUREZA POLÍTICA – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FRAUDE À LEI – AUSÊNCIA DE PERIGO NA DEMORA – EXISTÊNCIA DE *PERICULUM INVERSO* – REQUISITOS PARA A TUTELA NÃO VERIFICADOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Súmula Vinculante nº 13 não se aplica de forma automática aos cargos que ostentam natureza política, eis que, diante das funções envolvidas, que os afastam dos cargos singelamente administrativos, deve-se aferir no caso concreto o intuito de fraudar o ordenamento jurídico.

Não havendo insurgência, ou comprovação imediata, acerca da configuração de fraude à lei no caso concreto, não há que se falar em verossimilhança do direito invocado. De outro tanto, não havendo risco na demora do provimento jurisdicional, com a presença do *periculum in mora inverso*, eis que a substituição dos ocupantes de cargos políticos nem sempre é facilmente realizável – especialmente em municípios de pequeno porte, onde a cumulação da capacidade para exercício das atribuições, com a necessária confiança que deve ser depositada pelo administrador nomeante, pode não ser fato comum – deve ser mantida a decisão que indeferiu a concessão da tutela provisória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e contra o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal, que lhe dava provimento.

Campo Grande, 30 de outubro de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, interpôs agravo de instrumento em razão da decisão proferida pelo juízo da Vara Única de Batayporã, nos Autos da Ação Civil Pública nº 0900015-57.2017.8.12.0027, que promove em desfavor do Município de Batayporã, Jorge Luiz Takahashi, Leila Maria de Jesus Souza e Vanda Lúcia Takahashi, a qual deixou de conceder a tutela provisória, que visava a imediata suspensão dos atos de nomeação e investitura das requeridas Leila Maria de Jesus de Souza e Vanda Lúcia Takahashi nos cargos de secretária de assistência social e secretária de governo.

Alega o recorrente que instaurou procedimento de inquérito civil visando apurar possível violação a vedação de nepotismo, vez que o Prefeito Municipal de Batayporã, Jorge Luiz Takahashi, nomeou sua irmã, Vanda Lúcia Takahashi, para ocupar o cargo de secretária de governo e sua cunhada, Léia Maria, para ocupar cargo em comissão.

Informa que foi expedida recomendação aos agentes públicos, onde se explicita o caráter ilícito das nomeações, com o requerimento de exoneração dos parentes contratados. Entretanto, a recomendação não foi acatada, com a continuidade da prática do ato ilegal, imoral e inconstitucional.

Aduz que a decisão que indeferiu a liminar pleiteada não deve ser mantida, já que presentes os requisitos para concessão da tutela de urgência, vez que a probabilidade do direito vem demonstrada pela exposição fática e jurídica, especialmente considerando-se a Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, e do posicionamento adotado por tal Corte no RE 834.722, que informa que a vedação do nepotismo também incide sobre os cargos políticos.

Defende, ainda, que o perigo de dano se faz presente porque o ato ilegal se protraí no tempo, gerando para os administrados a falsa percepção de que tudo é possível dentro da Prefeitura, e pelo fato de que os pagamentos mensais efetuados não poderão ser reavidos, diante da existência de divergência acerca de possibilidade de devolução de verbas de caráter alimentar.

Argumenta que a alegação de existência de perigo de dano inverso, calcado no fato de que as secretarias municipais ficariam sem a figura de um secretário, não se justifica, pois basta a nomeação de outras pessoas para ocuparem os cargos de Secretário de Assistência Social e de Governo, fato que ocorrerá de qualquer modo com o acolhimento dos pedidos iniciais.

Pugnou, assim, pelo provimento do recurso para que a decisão de primeiro grau seja reformada, com a consequente concessão da medida liminar pleiteada, suspendendo-se todos os efeitos dos atos de nomeação e investidura das requeridas Leia Maria de Jesus Souza e Vanda Lúcia Takahashi.

Informações prestadas às f. 292-294.

Apresentaram resposta o Município de Batayporã (f. 441-450) e os agravados Jorge Luiz, Vanda Lúcia e Léia Marua (f. 451-456), pugnando pelo desprovimento do agravo.

A Procuradoria de Justiça ofertou parecer às f. 532-543, opinando pelo conhecimento e provimento do agravo.

VOTO (16/10/2018)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida pelo juízo da Vara Única de Batayporã, nos Autos da Ação Civil Pública nº 0900015-57.2017.8.12.0027, que promove em desfavor do Município de Batayporã, Jorge Luiz Takahashi, Leia Maria de Jesus Souza e Vanda Lúcia Takahashi, a qual deixou de conceder a tutela provisória, que visava a imediata suspensão dos atos de nomeação e investidura das requeridas Leia Maria de Jesus de Souza e Vanda Lúcia Takahashi nos cargos de secretária de assistência social e secretária de governo.

Acerca da irresignação recursal, tem-se que para a antecipação da tutela devem ser preenchidos os requisitos do artigo 300 do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Como se vê, o deferimento da tutela de urgência exige condição excepcional, consubstanciada na evidência do direito pretendido, cercado de elementos probatórios seguros e sobre os quais não existam dúvidas, elementos estes que se evidenciaram no caso concreto, ensejando seja mantido o deferimento da medida. A propósito, o Professor Fredie Didier Júnior¹, que compôs a comissão de juristas que revisou o anteprojeto do novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados, comenta:

“A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido fumus boni iuris (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há “elementos que evidenciem” a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC).

(...)

A tutela provisória de urgência pressupõe, também, a existência de elementos que evidenciem o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (periculum in mora) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito (art. 300, CPC)”.

Da análise dos autos, verifica-se que não estão presentes os requisitos exigidos para a concessão da tutela de urgência, devendo a decisão objurgada ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Com efeito, em que pese a insurgência do agravante, deve-se observar que a Súmula Vinculante nº 13, na esteira da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, não se aplica de forma automática aos cargos que ostentam natureza política, eis que, diante das funções envolvidas, que os afastam dos cargos singelamente administrativos, deve-se aferir no caso concreto o intuito de fraudar o ordenamento jurídico.

Confira-se, a propósito a Reclamação nº 7.590/PR, que restou assim ementada:

“RECLAMAÇÃO – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – NEPOTISMO – SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – DISTINÇÃO ENTRE CARGOS POLÍTICOS E ADMINISTRATIVOS – PROCEDÊNCIA. 1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos. 2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. 3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13. 4. Reclamação julgada procedente.”

De se ver que, no presente recurso, não são devolvidas matérias atinentes à configuração de fraude à lei, escorando-se o pedido, de caráter antecipado, na simples existência da relação de parentesco entre os envolvidos. Não pode ser considerado, presente, a verossimilhança do direito alegado, em conformidade com a jurisprudência deste egrégio Tribunal, *verbi gratia*:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE – ALEGAÇÃO DE NEPOTISMO – PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DA NOMEAÇÃO DO AGRAVADO – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO – SÚMULA VINCULANTE Nº 13, DO STF – SECRETÁRIO MUNICIPAL – PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS – APLICABILIDADE AOS AGENTES

¹ Curso de direito processual civil. Salvador: Jus Podivm, 2016, vol. 2, p. 608-610.

POLÍTICOS, SOMENTE SE COMPROVADA A AUSÊNCIA DE APTIDÃO PARA O CARGO E INTENÇÃO DE FRAUDE À LEI – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Segundo o entendimento predominante no STF, no caso de nomeação para pessoas jurídicas distintas e inexistindo relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o nomeado, a configuração do nepotismo, com base na Súmula Vinculante nº 13, exige a comprovação de que o nomeado não tem aptidão para o cargo, e que a subordinação da autoridade nomeante ao poder hierárquico da pessoa em questão. Não havendo elementos concretos no sentido acima indicado, é descabida a concessão de tutela de urgência, concernente à suspensão da nomeação do agente público.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1401006-23.2018.8.12.0000, Camapuã, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 31/07/2018, p: 01/08/2018)

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO – SECRETÁRIO MUNICIPAL – VÍNCULO CONJUGAL COM O PREFEITO MUNICIPAL – CARGO POLÍTICO – NECESSIDADE DE AFERIÇÃO CONCRETA DE INAPTIDÃO TÉCNICA E DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NECESSIDADE NA HIPÓTESE DE REGULAR INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. 1. Discute-se no presente recurso o preenchimento, ou não, dos requisitos legais para o deferimento de tutela provisória de natureza antecipada, destinada ao afastamento de Secretária de Assistência Social do Município de Bonito-MS, em razão da possível ocorrência de nepotismo, ante a presença vínculo conjugal com o Prefeito do respectivo Município. 2. O art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294, CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou de risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada. 3. Em sede recursal, a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada. 4. Na espécie, a pretensão do agravante carece de plausibilidade (probabilidade de êxito), pelo menos no presente momento, pois, de fato, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Súmula Vinculante nº 13, faz a devida distinção dos cargos e funções singelamente administrativos dos cargos políticos, de modo que o simples fato de haver parentesco entre o chefe do Executivo Municipal e o Secretário Municipal nomeado, por si só, não configura nepotismo. 5. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. Precedentes do STF. 6. Agravo de Instrumento conhecido e não provido.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1408942-36.2017.8.12.0000, Bonito, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 11/09/2018, p: 13/09/2018)

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NEPOTISMO – NOMEAÇÃO DA ESPOSA DO PREFEITO PARA O CARGO DE SECRETÁRIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO MUNICÍPIO – CARGO POLÍTICO – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO CASO CONCRETO – TUTELA INDEFERIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1 – A Súmula Vinculante nº 13 não produz efeitos quanto a nomeação de agentes políticos, mas apenas para cargos em comissão e função de confiança, sendo ambos de natureza técnica. 2 – O fato da referida súmula não constituir obstáculo a nomeação de agentes políticos não afasta a necessária observância dos princípios basilares do Direito Administrativo na realização do ato, em especial aos princípios da moralidade e da impessoalidade, de modo que a análise deve ocorrer no caso concreto. 3 - “O exame casuístico da qualificação técnica dos agentes para o desempenho eficiente dos cargos para os quais foram nomeados, bem como da existência de indício de fraude à lei ou de nepotismo cruzado, circunstâncias em que a nomeação de parente até mesmo para cargo político mostra-se atentatória aos princípios que norteiam a atividade do administrador público, dentre eles os da moralidade, da impessoalidade e da eficiência,

não é possível nesta via processual.” (STF - Rcl 23131 AgR). 4 - Tratando-se de município pequeno onde há provável escassez de profissionais da atividade específica, é razoável a nomeação da esposa do Prefeito Municipal, com especialização na área educacional, para o cargo de Secretária da Assistência Social do Município, inclusive por tratar-se de duas áreas pertencentes ao mesmo tronco, dos direitos sociais (art. 6º, caput da CF), ausentes outros argumentos válidos contra sua qualificação técnica para o cargo político. 5 – Recurso desprovido. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1404646-68.2017.8.12.0000, Camapuã, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 12/09/2017, p: 22/09/2017)

De outro vértice, deve-se destacar que o juízo *a quo* bem delineou a ausência do perigo na demora no caso concreto, consignando que *“a medida corresponde, ainda que por via transversa, ao afastamento de tais servidores de suas atividades, o que somente se admite na hipótese do artigo 20, parágrafo único, da lei 8.429/92, que dispõe que a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”* fato que não se verificou na hipótese.

Acresça-se, ademais, que o perigo de dano inverso existe, pois, diferentemente do defendido pelo recorrente, a substituição dos ocupantes de cargos políticos nem sempre é facilmente realizável, especialmente em municípios de pequeno porte, onde a cumulação da capacidade para exercício das atribuições com a necessária confiança que deve depositada pelo administrador nomeante pode não ser fato comum.

Assim, ausentes os pressupostos para concessão da tutela provisória, deve ser mantida a decisão recorrida.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, e, contra o parecer, nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Nélío), após o relator negar provimento ao recurso. O 1º vogal se reserva.

VOTO (30/10/2018)

O Sr. Des. Nélío Stábile. (2º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão em julgamento e, com a vênia do eminente relator, divirjo de seu voto.

Entendo que o presente agravo deve ser provido.

O nepotismo se caracteriza por qualquer ato que culmine no favorecimento de parentes ou até amigos próximos, no que diz respeito à nomeação ou elevação de cargos. Para concretizar esse entendimento, o STF elaborou a Súmula nº 13, vedando expressamente esse tipo de ação:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

A atuação da Administração Pública, de qualquer dos Poderes da República, deve pautar-se pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios esses expressos no artigo 37 da Constituição.

Dentre os princípios citados, ao caso em debate sobressaem dois, o da moralidade e o da impessoalidade.

Por evidente que, ao nomear sua irmã e sua cunhada para ocuparem cargos públicos, o requerido feriu o princípio da impessoalidade, suficiente para trazer insegurança e abalo na relação entre administrador e administrados.

Se há vedação a nomeação de parentes para cargos públicos na Administração Pública, sob pena de caracterização de nepotismo, o que vale também para pessoas com certo grau de afinidade, é inconcebível que não seja aplicada a regra para os cargos políticos. A vedação visa resguardar o princípio da indisponibilidade do interesse público, salvaguardá-lo de atos que se manifestem de modo ofensivo perante aos administrados.

Percebe-se que há um claro conflito entre o interesse particular de quem nomeia um parente ou amigo e o interesse público de que a administração se pautе restritamente pela moralidade e impessoalidade, devendo inequivocamente sobressair o interesse público. Esse interesse público vincula o administrador a agir estritamente visando o interesse público e buscar trazer para a sociedade plena segurança jurídica em relação a Administração Pública, visando coibir qualquer atuação arbitrária do administrador e de seus agentes.

Aliás, como muito bem pontuado no parecer ministerial, a Súmula Vinculante nº 13 não esgota todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, sendo incalculáveis as possibilidades referentes à configuração do nepotismo dada a particularidade de cada situação que venha ocorrer dentre os entes da Federação.

Ante o exposto, e de acordo com os fundamentos apresentados no Parecer Ministerial, voto para dar provimento ao agravo suspendendo todos os efeitos dos atos de nomeação e investidura das agravadas Leila Maria de Jesus Souza e Vanda Lúcia Takahashi.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e contra o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, que lhe dava provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 30 de outubro de 2018.

3ª Câmara Cível**Apelação nº 0800639-78.2015.8.12.0024 - Aparecida do Taboado****Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ARROLAMENTO SUMÁRIO DE BENS – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – TERCEIRO INTERESSADO – EXIGÊNCIA DE QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS ANTES DE EXPEDIÇÃO DOS ALVARÁS DE PARTILHA (ART. 664 DO CPC) – PREJUDICIAL – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 659 DO CPC POR AFRONTA AO ART. 192 DO CTN – AFASTADA – MÉRITO – EXIGÊNCIA DA QUITAÇÃO PARA PROCEDIMENTO DIVERSO (ARROLAMENTO COMUM) – VEDAÇÃO LEGAL QUANTO À DISCUSSÃO ACERCA DE QUESTÕES RELATIVAS A LANÇAMENTO, PAGAMENTO E QUITAÇÃO DE TRIBUTOS (ART. 662 DO CPC) – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

As regras contidas no art. 192 do CTN não se infirmam com as inovações trazidas pelo art. 659 do novo CPC, visto que a lei processual apenas disciplina o procedimento, sem afastar a incidência da legislação tributária no tocante ao lançamento e cobrança do imposto de transmissão *causa mortis*. O direito da Fazenda Pública permanece hígido de modo que, no inventário por arrolamento sumário, somente restou alterado o momento para o recolhimento do tributo. Assim, e sendo certo que Lei Ordinária mais recente poderá derrogar artigo de Lei Complementar quando o dispositivo desta não estiver elencado no rol do artigo 146 da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 659 do CPC.

Em sendo incontroverso que o procedimento adotado no caso em tela foi o arrolamento sumário (art. 659 do CPC), não há que falar em aplicação do art. 664 do CPC, uma vez que este último regramento refere-se especificamente ao arrolamento comum.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 não condicionou a homologação da partilha à quitação dos tributos cabíveis, limitando-se, apenas, a determinar, após o trânsito em julgado, a intimação da Fazenda Pública para o lançamento administrativo do tributo cabível.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a arguição de inconstitucionalidade e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de apelação, nos autos da ação de arrolamento sumário de bens deixados pela falecida Nair Carlos de Arruda, promovida por Rosa de Fátima Francisco Fagundes.

Em suas razões recursais, afirma que o magistrado de piso equivocou-se ao homologar a partilha, com a determinação de expedição dos respectivos formais após o trânsito em julgado, antes do recolhimento do ITCD sob o argumento de que o art. 659, do CPC/2015, impõe a intimação posterior para que se efetue o lançamento tributário.

Aduz que no trâmite do processo sob o rito de arrolamento sumário, caso dos presentes autos, não tem aplicação o artigo 659, do CPC/2015, impondo-se a reforma da sentença de primeiro grau, sob pena de acarretar prejuízo à Fazenda Pública Estadual.

Argumenta que, considerando-se que o presente feito tramita pelo rito de arrolamento sumário, deve-se aplicar ao mesmo a regra inserta no artigo 664, do CPC/2015. Frisa que, não obstante a entrada em vigor do artigo 659, § 2º, do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), devemos nos ater ao fato de que o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento quando da vigência do CPC/1973, no sentido de ser necessária a comprovação da quitação dos tributos, inclusive o ITCD, para que se pudesse expedir os formais de partilha, independente do trâmite processual seguido.

Alega que mesmo em face da vigência do novo CPC, o entendimento do STJ sobre a matéria deve prevalecer, mostrando-se extremamente necessário condicionar a expedição dos formais de partilha e alvarás à comprovação do pagamento de todos os tributos, na medida em que o dispositivo legal é claro quanto a esta exigibilidade, vez que não se vislumbra a possibilidade de se dispensar a quitação das dívidas fiscais do *de cujus* junto a Fazenda Pública Municipal, Estadual e Federal, para expedição do formal de partilha.

Expõe que não há como se dispensar ao processo de arrolamento o tratamento dado pelo NCPC, em flagrante contradição ao texto do artigo 192, do Código Tributário Nacional, chegando ao cúmulo de revogá-lo sumariamente, como se isso fosse possível no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, suscita incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do art. 659, do NCPC, por ofensa ao art. 192 do CTN. Prequestiona a matéria. Pugna pelo provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado requer a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de terceiro interessado, nos autos da ação de arrolamento sumário de bens do espólio de Nair Carlos de Arruda, promovido por Rosa de Fátima Francisco Fagundes.

Em suas razões recursais, afirma que o magistrado de piso equivocou-se ao homologar a partilha, com a determinação de expedição dos respectivos formais após o trânsito em julgado, antes do recolhimento do ITCD sob o argumento de que o art. 659, do CPC/2015, impõe a intimação posterior para que se efetue o lançamento tributário.

Aduz que no trâmite do processo sob o rito de arrolamento sumário, caso dos presentes autos, não tem aplicação o artigo 659, do CPC/2015, impondo-se a reforma da sentença de primeiro grau, sob pena de acarretar prejuízo à fazenda pública estadual.

Argumenta que, considerando-se que o presente feito tramita pelo rito de arrolamento sumário, deve-se aplicar ao mesmo a regra inserta no artigo 664, do CPC/2015. Frisa que, não obstante a entrada em vigor do artigo 659, § 2º, do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), devemos nos ater ao fato de que o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento quando da vigência do CPC/1973, no sentido de ser necessária a comprovação da quitação dos tributos, inclusive o ITCD, para que se pudesse expedir os formais de partilha, independente do trâmite processual seguido.

Alega que mesmo em face da vigência do novo CPC, o entendimento do STJ sobre a matéria deve prevalecer, mostrando-se extremamente necessário condicionar a expedição dos formais de partilha e alvarás à comprovação do pagamento de todos os tributos, na medida em que o dispositivo legal é claro quanto a esta exigibilidade, vez que não se vislumbra a possibilidade de se dispensar a quitação das dívidas fiscais do *de cujus* junto à Fazenda Pública Municipal, Estadual e Federal, para expedição do formal de partilha.

Expõe que não há como se dispensar ao processo de arrolamento o tratamento dado pelo NCPC, em flagrante contradição ao texto do artigo 192, do Código Tributário Nacional, chegando ao cúmulo de revogá-lo sumariamente, como se isso fosse possível no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, suscita incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do art. 659, do NCPC, por ofensa ao art. 192 do CTN. Prequestiona a matéria. Pugna pelo provimento do recurso

Prejudicial - Da inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 659 do NCPC

O apelante argui a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 659 do NCPC, por ofensa ao art. 192 do CTN, possuindo este último *status* de legislação complementar, não podendo ser derogado por texto de lei meramente processual e de inferior hierarquia.

É certo que nos termos do art. 192 do CTN, “*nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas*”, contudo, a alegada inconstitucionalidade por ofensa à norma hierarquicamente superior não merece prosperar.

No que diz respeito à essa questão, inclusive já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos:

“Ressalto que, com a inovação trazida pelo art. 659 do CPC, a partilha amigável, no arrolamento sumário, será homologada antes do recolhimento do imposto de transmissão causa mortis e, somente após a expedição do formal de partilha e demais exigências pertinentes, é que a Fazenda Pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto e outros tributos, excepcionando, assim, a regra contida no art. 192 do CTN, que estabelece que “nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas”. Neste contexto, em relação ao argumento de que a r. sentença negou vigência ao art. 192 do CTN, tenho que não merece prosperar, haja vista que, tendo por base o rol elencado no artigo 146 da Constituição Federal de 1988, o conteúdo do supracitado artigo não é de natureza tributária, e sim processual. Desse modo, não sendo o dispositivo de reserva de Lei Complementar, entendo que o mencionado artigo do CTN poderá ser derogado por Lei Ordinária mais recente.” (TJDF. Apelação 20140710164127. Rel. Des. Robson Barbosa de Azevedo. 5ª Turma Cível. J. 16/11/2016. Pub. 15/12/2016)

De fato, o art. 146 da Constituição Federal estipula que:

“Art. 146 - Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III - estabelecer normas gerais em matéria

de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: I - será opcional para o contribuinte; II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.”

Entretanto, em nenhuma das matérias elencadas como de natureza complementar à Constituição é possível vislumbrar matéria de cunho processual.

De outro vértice, no que diz respeito a alegada hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, leciona Leandro Paulsen:

“(...) As leis buscam seu suporte de validade diretamente na Constituição Federal. Se a Constituição não exige lei complementar, tem-se que a lei ordinária pode validamente dispor sobre a matéria, não sendo pertinente qualquer comparação com o veículo legislativo anteriormente utilizado. Não é o equivocado e desnecessário tratamento de certa matéria el ei complementar que vai colocá-la, daí para diante, sob reserva de lei complementar; pois, a própria Constituição é que estabelece o que lhe será complementar (...) 2. O conteúdo de lei complementar não é arbitrário, mas a própria Lei Maior prevê as hipóteses em que a disciplina se dará por essa via legislativa. [...] (STF, Plenário, AR 1.264/RJ, Min. Néri da Silveira, abr/02). A ideia de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, pois, é relativa. A lei ordinária simplesmente não pode afrontar lei complementar nas matérias a esta reservadas, pois não constituirá, nesse caso, veículo legislativo apto a inovar na ordem jurídica quanto àqueles pontos. O STJ, é verdade, na esteira da orientação esposada por Hugo de Brito Machado, vinha entendendo, ao abordar a renovação de dispositivos da LC nº 70/91 pela Lei 9.430/96, no sentido da existência de hierarquia entre ambas, afirmando que lei ordinária não poderia revogar lei complementar, seja qual fosse a matéria nesta tratada. Mas tal posição jamais foi acatada pelo STF. Pelo contrário, o STF sempre destacou a inexistência de hierarquia. A orientação pela inexistência de hierarquia formal e pela validade da revogação da isenção anteriormente concedida pela LC 70/91 pela Lei 9.430/96 consolidou-se no julgamento do RE 377.457/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.9.2008. (...) A lei complementar, na forma e no conteúdo, só é contrastável com a Constituição (o teste de constitucionalidade faz-se em relação à super lei) e, por isso, pode apenas adentrar área material que lhe esteja expressamente reservada. Se por ventura cuidas das matérias reservadas às pessoas políticas periféricas (Estado e Município), não terá valência. Se penetrar, noutro giro, competência estadual ou municipal, provocará inconstitucionalidade por invasão de competência. Se regular matéria de competência da União reservada à lei ordinária, ao invés de inconstitucionalidade, incorre em queda de status, pois terá valência de simples lei ordinária federal.” (Direito Tributário Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. Livraria do Advogado Editora. 16. ed. 2014, p. 77 e 79)

Consequentemente, não há se falar em hierarquia entre lei complementar e ordinária, mas tão somente em “âmbitos materiais distintos”.

Daí que, pelos motivos expostos não restam dúvidas quanto ao excesso legislativo em se atribuir ao art. 192 do CTN natureza de lei complementar, sendo possível sua derrogação por lei ordinária mais recente, tendo em vista a perda do seu status de lei complementar para simples lei ordinária. Feitas essas considerações, fica rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 659 do CPC/2015.

Mérito

Da aplicação do artigo 659 do CPC

Pretendendo reformar a sentença que determinou a expedição dos respectivos formais de partilha sem o recolhimento do ITCD, alega o Estado apelante que estando o feito tramitando pelo rito de arrolamento sumário, deveria ter sido aplicada a regra inserta no art. 664 do CPC, e não, aquela contida no § 2º, do art. 659, do CPC.

Nesse aspecto não merece acolhimento a insurgência do apelante.

Isso porque, não se pode confundir o procedimento adotado pelo art. 659 (arrolamento sumário) com o procedimento contido no art. 664 do CPC (arrolamento comum).

Nesse sentido, ensina o mestre de Humberto Theodoro Júnior:

“(...) Em função do pequeno valor dos bens, o rito do inventário pode ser simplificado, independentemente de acordo geral dos herdeiros (NCPC, art. 664). Mas aqui, ao contrário do que se passa no arrolamento sumário do art. 659, não está excluída a hipótese de divergências e de um contencioso entre as partes. A simplificação do rito, por isso, é menor e bem menos significativa. A escolha do inventariante, por exemplo, observará a ordem de preferência legal, mas o compromisso fica dispensado (art. 664). Nas próprias declarações, o inventariante nomeado descreverá e avaliará os bens, e apresentará o plano de partilha (art. 664). Os herdeiros terão de ser citados, na forma do art. 626, para se manifestarem sobre as declarações (art. 627) e se todos se manifestarem de acordo com o julgamento da partilha pode ser de logo proferido, desde, porém, que seja comprovada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas (art. 664, § 4º). No arrolamento comum também o lançamento e recolhimento do imposto de transmissão serão processados administrativamente (§ 4º). O julgamento da partilha ou da Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul adjudicação, porém, será feito após a quitação do tributo devido, como se deduz do § 5º do art. 664.” (Curso de Direito Processual Civil. 50. ed. Editora Forense, 2016, v. II. p. 300/301)

Assim, restando certo que o procedimento adotado foi o arrolamento sumário, não há que falar em aplicação do art. 664 do CPC, uma vez que este último regramento refere-se especificamente ao arrolamento comum.

Vale ressaltar que, nos termos do art. 659 do CPC:

“A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663.”

É o caso dos autos, pois, em sendo a autora maior e estando de acordo com o valor atribuído aos bens deixados pelo esposo falecido e sua respectiva partilha, restaram preenchidos os requisitos exigidos no art. 659, no qual inexistente qualquer imposição quanto ao limite do montante dos bens do espólio, como ocorre com o art. 664.

Acerca do tema, lecionam Ricardo Alexandre da Silva e Eduardo Lamy:

“A essência do procedimento de arrolamento simples é a mesma do procedimento sumário dos arts. 659 e seguintes do CPC/2015, com a diferença de que no arrolamento simples ocorrerá a avaliação sempre que qualquer uma das partes ou o próprio Ministério Público impugnarem a estimativa lançada nos autos pelos sucessores, conforme reza o parágrafo primeiro do art. 664 do CPC/2015.” (Comentários ao Código de Processo Civil. Editora RT, 2017, v. IX, p. 606)

E complementa:

“(...) o parágrafo segundo do art. 659 a partir de agora prevê a possibilidade de, com o trânsito em julgado da sentença que homologa o arrolamento, ser desde já determinada a expedição do formal de partilha Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul ou a expedição da carta de adjudicação, intimando-se, a fazenda pública, logo após, para efetuar o lançamento dos tributos incidentes.” (ob. Cit. Pág. 599)

Outra não foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça que, em recente julgado, decidiu:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ – ARROLAMENTO SUMÁRIO – CONDICIONAMENTO DA EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ ANTES DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS (ITCMD) NÃO CABIMENTO DE TAL EXIGÊNCIA NESTE PROCEDIMENTO.

1. A homologação da partilha no procedimento do arrolamento sumário não pressupõe o atendimento das obrigações tributárias principais e tampouco acessórias relativas ao imposto sobre transmissão causa mortis. 2. Consoante o novo Código de Processo Civil, os artigos 659, § 2º, cumulado com o 662, § 2º, com foco na celeridade processual, permitem que a partilha amigável seja homologada anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão causa mortis, e somente após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação é que a Fazenda Pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto, supostamente devido. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1751332/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018)

Da prioridade do crédito tributário

Outra questão deduzida pelo apelante refere-se a prioridade do crédito tributário, como prerrogativa da Fazenda Pública.

Sustenta que o art. 192 do CTN, exige a quitação de tributos como condição para a sentença de julgamento da partilha ou adjudicação; que após a expedição dos formais de partilha, dificilmente os herdeiros providenciarão o recolhimento do ITCD; que a nova regra insculpida no art. 659 do NCPC serve apenas para tumultuar o processo, haja vista que além de obrigar o fisco a instaurar processo administrativo para cada herdeiro, resultará na propositura de uma execução fiscal contra cada um dos herdeiros, o que poderia ser resolvido nos próprios autos de arrolamento sumário.

Inicialmente cumpre assentar que em conformidade com a legislação processual anterior, já havia expressa determinação contida no art. 1.034, no sentido de que questões atinentes ao pagamento de tributos não seriam conhecidas no arrolamento, confira:

“No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio”.

Frise-se que o novo código processual limitou-se a reproduzir o mesmo regramento no art. 662.

Por outro lado, havendo pedido de isenção do tributo formulado pelos autores, tal pretensão deve ser analisada pela Fazenda Pública, nos termos do que dispõe o art. 179 do CTN:

“A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.”

Em matéria similar, confira o precedente exarado por este Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO SOB O RITO DE ARROLAMENTO SUMÁRIO – ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO DO ITCMD INCIDENTE SOBRE BEM IMÓVEL – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DOS AUTOS DE ARROLAMENTO – ART. 179 DO CTN E ART 1034, DO CPC – COMPETÊNCIA CONFERIDA À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos inventários processados sob o rito de arrolamento sumário revela-se incompetente o juízo do inventário para a concessão de isenção de Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul recolhimento do ITCMD, por força do artigo 179 do CTN, que confere à autoridade administrativa a competência para aferição do direito do contribuinte à isenção de tal tributo.” (Apelação Cível 0806690-51.2014.8.12.0021. Relatora: Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 29/02/2016; Data de registro: 03/03/2016).

Quanto ao art. 659, este dispõe que: *“A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663.”*

Note-se que a norma não traz mais a determinação de que a homologação dar-se-ia *“mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas”*, como o fazia o art. 1.031 do CPC/1973.

Aludido pagamento somente será exigido para fins de homologação da partilha nos casos de arrolamento comum previsto no art. 664, § 5º, o que não se verifica nos autos, já que se trata de arrolamento sumário, conforme já exposto anteriormente.

Acerca do tema, lecionam Luiz Guilherme Marioni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“(…) Também, nesse rito, é vedada a discussão sobre lançamento, pagamento e quitação de taxas e tributos (art. 662 do CPC). Essas discussões serão, se necessário, travadas em processo administrativo próprio, conduzido pelo Fisco, não ficando as autoridades fiscais vinculadas aos valores dados aos bens no arrolamento. Por isso, não há participação da Fazenda Pública no arrolamento sumário, ficando sua atuação reservada exclusivamente ao plano extrajudicial. De toda sorte, diz a lei que após a lavratura do formal de partilha ou da carta de adjudicação, deve-se proceder à intimação do fisco, para que proceda ao lançamento dos tributos devidos. Eventuais discussões a respeito desse lançamento não podem ser conhecidos no processo de arrolamento, devendo ser discutidos, se for o caso, em via própria.” (Curso de Processo Civil. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2016, v. 3, p. 213-214)

Humberto Theodoro Júnior, também segue o mesmo entendimento:

“A sistemática do arrolamento sumário dos arts. 659 a 663 subtraiu do Judiciário o dever de controlar o recolhimento do imposto de transmissão causa mortis (art. 662, § 1º). Exige, apenas, a intimação do fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária (art. 662, § 2º), fato que ocorrerá depois de homologada a partilha ou deferida a adjudicação (art. 659, § 2º). A apuração, lançamento e cobrança do tributo sucessório serão realizados totalmente pelas vias administrativas (art. 662, § 2º). Isto em nada diminui as garantias do Fisco, uma vez que, após a homologação da partilha, o seu registro não se poderá fazer no Registro de Imóveis sem o comprovante do recolhimento do tributo devido (art. 143 da Lei dos Registros Públicos). Por outro lado, independentemente de intervir no processo de arrolamento, a Fazenda Pública não estará adstrita aos valores nele declarados pelas partes. Com isso tornam-se estranhas ao arrolamento todas as questões relativas ao tributo incidente sobre a transmissão hereditária de bens. De tal sorte que, nesse procedimento especial, “não pode a Fazenda Pública impugnar a estimativa do valor dos bens do espólio feita pelo inventariante – valor atribuído tão somente para fins de partilha – e requerer nova avaliação para que se possa proceder ao cálculo do Imposto de Transmissão causa mortis, uma vez que este será sempre objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não podendo ser discutido nos autos de arrolamento”. (Ob. cit. págs. 299-300)

Com efeito, nos termos do art. 173 da Lei de Registro de Imóveis:

“(...) O registro resumido consistirá na declaração da natureza do título, do documento ou papel, valor, prazo, lugar em que tenha sido feito, nome e condição jurídica das partes, nomes das testemunhas, data da assinatura e do reconhecimento de firma por tabelião, se houver, o nome deste, o do apresentante, o número de ordem e a data do protocolo, e da averbação, a importância e a qualidade do imposto pago, depois do que será datado e rubricado pelo oficial ou servidores referidos no artigo 142, § 1º.”

Note-se que apesar de homologada a partilha, o seu registro perante o cartório de registro de imóveis somente será possível mediante a apresentação da quitação ou isenção do tributo. Daí que em nada servirá aos herdeiros a partilha se esta não estiver devidamente registrada. E diante de tais circunstâncias, não prospera a assertiva do apelante no sentido de que dificilmente os herdeiros providenciarão o recolhimento do ITCD.

Do prequestionamento

Quanto ao pretendido prequestionamento de matérias tão só para viabilizar recurso às cortes superiores, registre-se que todas as questões suscitadas pelas partes foram consideradas para o julgamento, explícita ou implicitamente, devendo a decisão ser interpretada pela conjugação de todos os seus elementos, consoante esclarece o § 3º do art. 489 do CPC/2015: *“A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”*.

Assim, restam superados os prequestionamentos em relação aos diplomas legais invocados, sobre os quais o *decisum* vergastado não tenha se manifestado.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, rejeito a arguição de inconstitucionalidade do § 2º, do art. 659, do NCPC e, por consequência, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a arguição de inconstitucionalidade e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélcio Stábile.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

3ª Câmara Cível**Apelação nº 0800904-86.2016.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste****Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS – IMÓVEL FINANCIADO PELA COHAB – QUITAÇÃO – POSSIBILIDADE DE DESCARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA DE BEM PÚBLICO (DESAFETAÇÃO) – REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO PRESCRITIVA – PREENCHIDOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A impossibilidade jurídica da usucapião de bem registrado em nome público, deduzida no § 3º, do art. 183 e parágrafo único, do art. 191, ambos da Constituição Federal, o qual fora destinado a financiamento habitacional popular, não é absoluta, dada a hipótese de alienação (mediante quitação das parcelas), ocasião em que esses bens perderiam o caráter público (desafetação), nos termos do art. 101 do Código Civil/2002.

No caso concreto, a parte autora preencheu os requisitos da usucapião extraordinária, nos termos do art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil, haja vista que constatado o exercício da posse há mais de 15 anos, com *animus domini*, sem interrupção nem reivindicação da propriedade por terceiros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal que lhe negava provimento.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Olinda Matos de Souza, Flora Martins de Souza Jacomo, Ivanete Martins de Souza Gama, Maria Auxiliadora Martins de Souza Amaral e Elio Martins de Souza, qualificados nos autos da ação de usucapião (Feito nº 0800904-86.2016.8.12.0043, da 2ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS) que promovem em face da Agência de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul - AGEHAB, também qualificada, inconformados com a sentença proferida na origem, interpõem recurso de apelação cível.

Afirmaram, em síntese, que o juízo singular incorreu em equívoco ao julgar improcedente o pedido inicial. Referiram que o bem imóvel em questão foi alienado em observância à Lei de Desafetação e oportunamente quitado, não se tratando mais, de bem público, por força da própria lei que autorizou a venda, embora o ente público ainda figure como proprietário no registro de imóveis. Expuseram que a própria apelada em sua contestação fez questão de registrar que o imóvel, embora registrado em seu nome,

não pertence mais ao Estado em razão da desafetação. Prequestionaram diversos normativos legais e ao final, pugnaram pelo conhecimento e provimento do apelo.

Devidamente intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões recursais (f. 254-260).

VOTO (EM 07/08/2018)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Olinda Matos de Souza, Flora Martins de Souza Jacomo, Ivanete Martins de Souza Gama, Maria Auxiliadora Martins de Souza Amaral e Elio Martins de Souza, em face da sentença que julgou improcedente o pedido nos autos da ação de usucapião (Feito nº 0800904-86.2016.8.12.0043, da 2ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS) que promovem em face da Agência de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul - AGEHAB.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da decisão quanto a interposição do recurso foram realizadas na vigência deste novel *codex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Mérito

Do direito à usucapião – imóvel em nome da Cohab-MS

A controvérsia, neste caso concreto, se resume a possibilidade de os apelantes, ocupantes do imóvel, terem reconhecido o direito a usucapião de bem em nome da Companhia de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul - COHAB-MS, cujo patrimônio foi incorporado pela Agência de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul AGEHAB, a qual possui natureza jurídica de Autarquia Estadual.

Segundo dispõe o § 3º, do art. 183 e parágrafo único, do art. 191, ambos da Constituição Federal, os bens públicos não estão sujeitos à usucapião. Senão vejamos:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (...)

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (...)

Parágrafo único. Os imóveis públicos não são adquiridos por usucapião.

Nesse sentido também estabelece o art. 102 do Código Civil/2002:

“Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.”

Entretanto, o caso em tela, possui uma excepcionalidade, que autoriza afastar a aplicação da regra geral, permitindo-se a aquisição originária pela usucapião.

Isso porque, houve aqui a transmissão de imóvel inserido em programa habitacional, à revelia do órgão de habitação estadual, por meio dos chamados “contratos de gaveta”.

Nesses casos, o bem imóvel, apesar de escriturado em nome da Autarquia Estadual – Agência de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul AGEHAB - é, por antecipação, destinado à alienação, ou seja, após quitadas as prestações o possuidor fará jus à aquisição formal da propriedade, ainda que anteriormente fosse titularizada pelo ente público.

Conclui-se, dessa forma, que em razão da possibilidade de alienação (mediante quitação das parcelas), esses bens perderam o caráter público, na medida em que o adimplemento do financiamento implicaria automática desafetação, nos termos do art. 101 do Código Civil/2002.

Assim embora o imóvel de fato esteja registrado em nome do Poder Público, certo é que o financiamento referente ao Programa de Habitação Estadual já foi integralmente quitado em favor dos mutuários originários, como a própria apelada alega em sua contestação (f. 112-113), circunstância que retira, em tese, o caráter público do bem e o transfere à órbita particular.

Nesse sentido é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – MATÉRIA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS – IMÓVEL FINANCIADO PELA EMHA – QUITAÇÃO – POSSIBILIDADE DE DESCARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA DE BEM PÚBLICO (DESAFETAÇÃO) – REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO PRESCRITIVA – NECESSIDADE DE REGULAR TRÂMITE DO PROCESSO – SENTENÇA ANULADA. 1 – Discute-se no presente recurso: a) a nulidade da sentença em razão da ocorrência de suposto cerceamento de defesa; e b) a aplicação da vedação legal de usucapir bem público. 2 – Deve ser rejeitada a preliminar de cerceamento do direito de defesa quando a matéria se confunde com o próprio mérito da apelação. 3 – A impossibilidade jurídica da usucapião de bem registrado em nome público, deduzida no § 3º, do art. 183 e parágrafo único, do art. 191, ambos da Constituição Federal, o qual fora destinado a financiamento habitacional popular, não é absoluta, dada a hipótese de alienação (mediante quitação das parcelas), ocasião em que esses bens perderiam o caráter público (desafetação), nos termos do art. 101 do Código Civil/2002. 4 – Apelação conhecida e provida. (TJMS. Apelação n. 0825181-35.2015.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 30/01/2018, p: 31/01/2018)”

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE USUCAPIÃO – IMÓVEL DESTINADO A FINANCIAMENTO HABITACIONAL POPULAR – IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA

DA QUITAÇÃO – NATUREZA DO BEM – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA AGEHAB – BUSCA DA VERDADE REAL – RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM – RECURSO PROVIDO. 1. Em se tratando de imóvel destinado pelo ente estatal a financiamento habitacional, quando devidamente quitado, deixa de integrar o domínio público, ainda que não tenha se providenciado o competente registro no fôlio real. 2. O magistrado é o destinatário da prova e tem liberdade para formar seu convencimento, no entanto, sua cognição deve corresponder à busca da verdade real, até porque, conquanto endereçado às partes o ônus de comprovar suas alegações (art. 373 CPC), não se retira do julgador a possibilidade de buscar o desfecho que mais se coadune à realidade. 3. Para viabilizar o amplo e seguro acesso à jurisdição, despiciendo o retorno dos autos à origem para providenciar a imprescindível intimação da AGEHAB, com a finalidade de apresentar manifestação e documentos que indiquem se o financiamento habitacional foi quitado, possibilitando definir se o imóvel é ou não de domínio público e, portanto, passível de usucapião. (TJMS. Apelação n. 0001084-61.2008.8.12.0029, Naviraí, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Jairo Roberto de Quadros, j: 15/02/2017, p: 16/02/2017)

APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS – ART. 101 DO CÓDIGO CIVIL – IMÓVEL FINANCIADO PELA AGEHAB – QUITAÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO – REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO PRESCRITIVA – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - havendo lei prévia autorizando a desafetação do bem público, bem como diante da quitação do financiamento do imóvel outorgada pela autarquia, não há que se falar em bem público, haja vista a descaracterização ocorrida. II – Os requisitos para a caracterização da aquisição prescritiva carecem de instrução adequada para sua comprovação. (TJMS. Apelação n. 0803022-52.2012.8.12.0018, Paranaíba, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 03/11/2015, p: 05/11/2015)

“APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS – ART. 101 DO CÓDIGO CIVIL – EXISTÊNCIA DE CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO DO IMÓVEL QUE PODERÁ ENSEJAR A DESCARACTERIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO – NÃO FRUIÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA ANTE A PENDÊNCIA DE CONDIÇÃO SUSPENSIVA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA DE EXTINÇÃO E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO” (TJMS. Apelação n. 0004237-84.2011.8.12.0001, 5ª Câmara Cível, Rel.: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 28/04/2011, p: 11/05/2011).

Portanto, deve ser reformada a sentença, reconhecendo-se o direito dos requerentes apelantes de ajuizarem a presente ação de usucapião.

Consequentemente, faz-se necessário analisar se presentes no caso, os requisitos à aquisição da propriedade por meio de usucapião extraordinária.

Da usucapião extraordinária

A usucapião é modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais pela posse da coisa em determinado tempo exteriorizando sem oposição de terceiro o ânimo de quem detenha o domínio. No ensinamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

O fundamento da usucapião é a consolidação da propriedade. O proprietário desidioso, que não cuida de seu patrimônio, deve ser privado da coisa, em favor daquele que, unido posse e tempo, deseja consolidar e pacificar a sua situação perante o bem e a sociedade. (In Direitos Reais, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 274).

Como requisitos à aquisição da propriedade por meio de usucapião são necessários a posse mansa e pacífica com ânimo de dono pelo tempo previsto na lei. Acresce a estes os requisitos suplementares do justo título e boa-fé, tratando-se da usucapião ordinária, o requisito da moradia na usucapião urbana e, associado a esta, o requisito de trabalho na usucapião rural

Mas, é possível usucapir, também, somente pela longa duração da posse, dispensando-se os requisitos formais do justo título e boa-fé (usucapião extraordinária), encontrando abrigo no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, conforme o caso:

CCB/16:

Art. 550. Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu, um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio independentemente de título de boa fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis.

CCB/02:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

É pertinente destacar a lição de Arnaldo Rizzardo distinguindo os meios de usucapir ordinário e extraordinário:

Note-se que o traço distintivo entre usucapião extraordinário e ordinário se encontra na exigência, para o último, dos requisitos do justo título e boa-fé, cuja existência se presume no primeiro tipo e em que o prazo da posse é mais longo.

(...)

Eis os requisitos impostos para o reconhecimento da usucapião em exame: a) objeto hábil; b) duração da posse; c) as qualidades da posse; d) o justo título; e) a boa-fé. (In Direito da Coisas, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 273).

Logo, para a usucapião extraordinária basta a posse contínua, com *animus domini*, sem interrupção nem oposição, acrescida em alguns casos da qualificação pela função social. Neste sentido orientam precedentes do e. STJ:

RECURSO ESPECIAL – DIREITO DAS COISAS – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, E 2.029 DO CC/2002 – RECURSO PROVIDO.

1. Na análise da prescrição aquisitiva da usucapião extraordinária prevista no artigo 1.238, parágrafo único aplica-se a regra de transição prevista no artigo 2.029 do Código Civil de 2002.

2. O art. 1.238, § único, do CC/02, tem aplicação imediata às posses ad usucapionem já iniciadas na vigência do Código anterior; qualquer que seja o tempo transcorrido, devendo apenas ser respeitada a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002.

3. No caso, da data da posse (meados de 1994) até a entrada em vigor do CC/2002 (11.1.2003) haviam transcorridos 9 (nove) anos.

Aplicando-se a regra de transição do Art. 2.029, ao tempo implementado deverão ser acrescidos 2 anos, assim o prazo da prescrição aquisitiva da usucapião extraordinária aperfeiçoou-se no dia 11/1/2005, sendo que a ação foi proposta em 11.6.2008.

4. Recurso Especial provido para afastar o obstáculo do lapso temporal e determinar o prosseguimento do julgamento, na origem, pelo mérito. (REsp 1314413/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013)

Da norma legal aplicável ao caso

Inicialmente, deve-se verificar qual a legislação aplicável ao caso, já que os apelantes lastreiam a sua pretensão no art. 1238 do Código Civil atual e o início do prazo da prescrição aquisitiva, segundo informam, se deu em abril de 2001, portanto, quando ainda vigia o diploma revogado de 1916.

Com entrada em vigor do Novo Código, o art. 2.028 estabeleceu uma regra de transição para os prazos de prescrição que já haviam iniciado sob a égide do diploma revogado e que tenham sofrido redução com o advindo da nova legislação, regra aplicável à pretensão de prescrição aquisitiva que se fala.

Veja-se o teor do artigo de lei:

Art. 2.028. Serão da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

No caso dos autos, a causa de pedir traz a afirmação de que o início do prazo da prescrição aquisitiva teve início no ano de 2001. Assim, considerando que, com a entrada em vigor do novo Código Civil, isto em 11 de janeiro de 2003, não havia consumido mais de metade do prazo vintenário previsto no art. 550 do diploma revogado, aplicável é a norma do novo CPC.

A propósito, o seguinte julgado:

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – PRETENSÃO LASTRADA NO CAPUT DO ART. 1238 DO CÓDIGO CIVIL ATUAL – TERMO A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL AQUISITIVO INICIADO SOB A VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL REVOGADO – MAIS DE METADE DO PRAZO QUE SE PASSOU SOB A ÉGIDE DE TAL DIPLOMA – APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CÓDIGO CIVIL ATUAL – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA EXIGIDA PARA O CASO, NOS TERMOS DO ART. 550 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – LAPSO TEMPORAL NÃO CONFIGURADO. A pretensão de usucapir com base no art. 1238, caput, do Código Civil, somente se aplica se o prazo da prescrição aquisitiva de quinze anos se deu totalmente sob sua égide, ou se não transcorrido mais da metade do prazo sob o domínio do diploma revogado, nos termos da regra de transição do art. 2.028 do Código Civil atual. Se mais da metade do prazo prescrito se deu sob a égide do diploma civil revogado, é de aplicar-se a prescrição vintenária do art. 550 do Código Civil de 1916, também com base no art. 2.038 (Câmara Especial Regional de Chapecó. Apelação Cível nº 2006.007702-3, de São José do Cedro, deste Relator, com votos vencedores dos Desembargadores Cesar Abreu e Jorge Luiz de Borba, julgada em 23.06.2010).

Assim, deve ser aplicada ao caso, a norma prevista no art. 1238 do CC/2002.

Da usucapião extraordinária – existência dos requisitos previstos no artigo 1238 do CC/2002

Vê-se que na inicial consta que a parte autora pretende usucapir o:

“Lote 02 da quadra 18-B, situada na Rua das Magnatas, nº 44, Bairro Capão Redondo II, município de São Gabriel do Oeste – MS. Medindo 10,00 x 20,00 metros (10 metros de frente com a Rua das Magnatas por vinte ditos da frente aos fundos), perfazendo a área total de 200,00 m², (duzentos metros quadrados), localizado no lado par da Rua das Magnatas, a vinte metros da esquina com a Rua Pernambuco. No qual foi construído uma casa residencial popular composta de: 02 quartos, cozinha, banheiro e hall de circulação, com área construída de 39,92 m², devidamente averbada e descrita na Matrícula nº 11.501 do Serviço Notarial Imobiliário da Comarca de São Gabriel do Oeste (cópia em anexo) em nome da Ré.”

No caso em tela não há dúvidas de que restaram implementados os requisitos previstos no art. 1.238 do Código Civil/2002, que reza:

“Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.”

Narra-se na exordial, que os autores ocupam o imóvel há mais de 16 (dezesesseis) anos, mantendo a posse mansa, pacífica e ininterrupta, com animus de donos, durante todo esse período.

A prova carreada aos autos é suficiente para demonstrar que os autores estão na posse do imóvel desde o ano de 2001 como afirmam.

O contrato particular de compromisso de cessão de posse firmado entre a autora Olinda Martins de Souza e Pedro Paulo Sobrinho e sua esposa, demonstra, a princípio que a posse teve início em 10 de abril de 2001 (f. 36-37). E a prova testemunhal corrobora com os fatos alegados na inicial. Vejamos.

A testemunha Vanir dos Santos Lima ouvida à f. 201, afirmou que *“conhece a autora há uns 20 anos e que ela comprou a casa do Sr. Pedro Paulo, mas que não se lembra do ano da aquisição.”*

A testemunha Gema Camiloti Demarco, no depoimento de f. 201, declarou *“(...) que o sr. Homero, esposo da autora, comprou a casa no início do ano de 2001, do Sr. Pedro Paulo. Que a casa foi comprada para alugar e permanece alugada.”*

O Sr. Danilo Demarco, por sua vez, disse que *“conhece a Dona Olinda e o seu marido Sr. Homero há muito tempo. Que a Dona Olinda mora com seu filho atualmente. Que ela e seu esposo compraram a casa no ano de 2001 do Sr. Pedro Paulo, pelo preço de R\$ 17.000,00. Que nunca moraram na casa, pois é uma casa destinada a aluguel.”*

Diante disso, percebe-se que a parte autora comprovou devidamente os requisitos do instituto da usucapião extraordinária, tendo em vista que exerce a posse mansa, pacífica e com *animus domini* do bem, inclusive, há mais de quinze anos, encargo processual que lhe cabia e que foi cumprido.

Importa ressaltar, ainda, que a ré não demonstrou qualquer interesse no imóvel ao longo de mais de 15 anos de ocupação regular, conforme se percebe da documentação juntada aos autos, tendo inclusive, alegado em sua contestação que o bem foi quitado em 15/10/1999.

Salienta-se, por oportuno, que o fato de os requerentes não terem impulsionado o processo de regularização do imóvel junto ao órgão demandado, não implica em falta de interesse de agir, pois questões administrativas não podem impedir o livre acesso à justiça, sobretudo no caso dos autos em que a regularização

via processo administrativo poderia esbarrar em óbices burocráticos, em razão de os compradores originários do imóvel - Sr. José da Silva e Solange Fátima da Silva – estarem em local desconhecido.

Desse modo, deve o pedido contido na inicial da presente ação, ser julgado procedente.

Do prequestionamento

Quanto ao pretendido prequestionamento de matérias tão só para viabilizar recurso às cortes superiores, registre-se que todas as questões suscitadas pelas partes foram consideradas para o julgamento, explícita ou implicitamente, devendo a decisão ser interpretada pela conjugação de todos os seus elementos, consoante esclarece o § 3º do art. 489 do CPC/2015: *“A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”*.

Assim, restam superados os prequestionamentos em relação aos diplomas legais invocados, sobre os quais o *decisum* vergastado não tenha se manifestado.

Dispositivo final

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Olinda Matos de Souza, Flora Martins de Souza Jacomo, Ivanete Martins de Souza Gama, Maria Auxiliadora Martins de Souza Amaral e Elio Martins de Souza e dou-lhe provimento para o fim de julgar procedente o pedido nos autos da ação de usucapião, declarando o domínio da parte autora sobre o imóvel descrito como lote 02, quadra 18-B, Rua dos Magnatas, nº: 44, Bairro Capão Redondo II, no Município de São Gabriel do Oeste-MS, sob a inscrição da Matrícula nº 11.501, livro 02, ficha 01 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª circunscrição da mesma localidade. Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa.

Por consequência, à luz do que dispõe o § 11º do art. 85 do vigente CPC, condeno, ainda, a ré, ora apelada ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Nélcio), após o relator dar provimento ao recurso. O 1º vogal se reserva.

VOTO (EM 02/10/2018)

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (2º vogal)

Pedi vista dos autos para analisar melhor a questão em julgamento e com a vênica do Eminentíssimo Relator dividir de seu Voto.

As peculiaridades do presente caso são evidentes: o imóvel encontra-se devidamente quitado (f. 38). Entretanto, o bem está cadastrado em nome de Autarquia Estadual, o que categoriza os bens em sua posse como bens públicos – art. 98 CC. Dessa maneira, tanto por impedimento constitucional como também infraconstitucional, não é objeto passível de ser adquirido por usucapião, conforme art. 183, § 3, CF/88 e também art. 102 do Código civil.

A lei é expressa, categórica e objetiva ao afirmar que os bens públicos não são passíveis de serem adquiridos por meio do instituto do usucapião. Assim, o ocupante é meramente detentor do imóvel, tenha essa precária e irregular, que pode e deve ser excluída a qualquer tempo. Não há qualquer alegação possível do particular para suplantare a expressa disposição legal e constitucional.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso, mantendo a sentença do juízo *a quo* nos seus próprios fundamentos.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Eduardo), após o relator dar provimento e o 2º vogal negar provimento ao recurso.

VOTO (EM 16/10/2018)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º vogal)

Olinda Matos de Souza, Flora Martins de Souza Jacomo, Ivanete Martins de Souza Gama, Maria Auxiliadora Martins de Souza Amaral e Elio Martins de Souza, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Gabriel do Oeste, nos autos da ação de usucapião extraordinária que movem em face da Agência de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul – AGEHAB, interpõem apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial.

O e. relator, Des. Marco André Nogueira Hanson deu provimento ao recurso interposto, a fim de julgar procedente o pedido inicial, declarando o domínio da parte autora sobre o imóvel descrito como “lote 02, quadra 18-B, Rua dos Magnatas, nº 44, Bairro Capão Redondo II, no Município de São Gabriel do Oeste-MS, sob a inscrição da Matrícula nº 11.501, livro 02, ficha 01 do Cartório de Registros de Imóveis da 1ª circunscrição da mesma localidade.”

O 2º vogal, Des. Nélcio Stábile votou pelo desprovimento do recurso, mantendo a sentença do juízo *a quo* nos seus próprios fundamentos.

Pedi vistas nos autos para melhor analisar a questão, e não tenho dúvidas em acompanhar o relator.

Não obstante a Constituição Federal em seus artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único, estabelecer que os bens públicos não estão sujeitos à usucapião, há uma particularidade que permite excepcionar a regra geral, autorizando a aquisição originária pela usucapião, qual seja, o pagamento integral do preço pelo mutuário e preenchimento dos demais requisitos para a aquisição contratual da propriedade.

Como bem fundamentado pelo e. relator “*o bem, apesar de escriturado em nome da Autarquia Estadual – Agência de habitação Popular de Mato Grosso do Sul – é, por antecipação, destinado à alienação, ou seja, após quitadas as prestações o possuir fará jus à aquisição formal da propriedade, ainda que anteriormente fosse titularizada pelo ente público.*” *In casu*, o imóvel já se encoltra integralmente quitado, conforme assumido em sede de contestação, logo, não há óbice ao deferimento do pedido de usucapião, porquanto houve o esvaziamento da finalidade pública sobre o bem.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – LEGITIMIDADE PASSIVA – OCORRÊNCIA – PERTINÊNCIA SUBJETIVA DA RÉ CARACTERIZADA, NA MEDIDA EM QUE AINDA FIGURA COMO TITULAR DO DOMÍNIO NO REGISTRO DO IMÓVEL – INTELIGÊNCIA DO ART. 942 DO CPC/73 – PRELIMINAR REJEITADA – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA DA PROPRIEDADE – CABIMENTO – COMPROVAÇÃO SIMULTÂNEA DE TODOS OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA, CONSTANTES NO ARTIGO 1.238 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – HIPÓTESE, INCLUSIVE, EM QUE JÁ HOVE A QUITAÇÃO INTEGRAL DO PREÇO PELO ADQUIRENTE ORIGINÁRIO, PERANTE A COHAB,

ESVAZIANDO-SE A FINALIDADE PÚBLICA DO BEM, OBJETO DA AÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP - APL: 00437058820138260100 SP 0043705-88.2013.8.26.0100, Relator: Rosangela Telles, Data de Julgamento: 27/08/2018, 31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 27/08/2018)

Desse modo, tendo havido a quitação do preço, ainda que não regularizado o registro imobiliário, não há falar que o imóvel de natureza pública é insuscetível de usucapião, haja vista que com a sua quitação, o bem passou a pertencer aos primeiros adquirentes.

Ante o exposto, acompanho integralmente o e. relator.

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, que lhe negava provimento. Adiada a conclusão do julgamento, nos termos do artigo 942 do CPC, em face da necessidade de convocação de novos membros para o julgamento.

VOTO (EM 13/11/2018)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal que lhe negava provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0803509-34.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DO APELO – AFASTADAS – NO MÉRITO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PESSOA JURÍDICA QUE NÃO PODE SER ENQUADRADA COMO DESTINATÁRIA FINAL DOS PRODUTOS/SERVIÇOS E QUE NÃO DEMONSTRA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE – ABUSIVIDADE DOS ENCARGOS PACTUADOS – NÃO DEMONSTRADA – EXISTÊNCIA OU NÃO DE INTERESSE DE NOVAR – AUSÊNCIA DE PACTOS DEMONSTRANDO A EXISTÊNCIA DE RENEGOCIAÇÕES DE DÍVIDAS ANTERIORES – DA RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS E MODIFICAÇÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – MATÉRIAS PREJUDICADAS – APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não há que se falar em não conhecimento do recurso por aplicação do art. 578, § 1º, do CPC/73, porquanto aquele diploma processual encontra-se revogado, bem como porque a norma correspondente no CPC/2015 (art. 932, IV, 'a'), não impede o conhecimento da súplica.

O princípio da dialeticidade impõe ao recorrente o dever de expor as razões de seu inconformismo, contrastando a decisão recorrida com outros argumentos suficientes para levar o Tribunal a adotar um outro entendimento. Assim, verificando-se, da leitura da peça recursal, que a recorrente atacou os fundamentos da decisão, o recurso deve ser conhecido.

O STJ excepcionalmente admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra, o que, no entanto, não é o caso dos autos.

Inexistindo qualquer abusividade nos encargos pactuados, não há que se falar em revisão dos ajustes questionados.

Não havendo comprovação de que foram celebrados vários pactos com a finalidade de renegociação, descabida a apreciação de que não houve intenção de novar.

Em virtude do resultado do julgamento, tornam-se prejudicadas as matérias referentes à restituição dos valores que teriam sido cobrados indevidamente e de modificação do ônus de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negar provimento.

Campo Grande, 3 de outubro de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Germinas Sementes de Pastagens Ltda EPP, nesta ação revisional de contrato bancário em que contende com Banco Safra S.A., oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

É plenamente possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor de pessoa jurídica, uma vez que é destinatária final do valor contratado, sendo devida, outrossim, a inversão do ônus da prova, já que presentes os requisitos autorizadores.

O recorrido não apresentou o contrato firmado entre as partes, de modo que, nesse contexto, os juros deveriam ficado limitados à taxa média do mercado, ser afastada a capitalização dos juros em período inferior a um ano e exclusão da comissão de permanência.

Foi obrigada a firmar uma renegociação para saldar débitos anteriores e não ter o nome negativado. Além disso, repactuadas e unificadas as dívidas em um novo crédito, não há que se falar em novação, nos termos dos arts. 360, I e 361, do CC, motivo pelo qual deve ser determinada a revisão contratual desde a origem.

Reconhecida a cobrança indevida/abusiva, deve ser restituída dos valores pagos a maior.

Com o provimento do recurso, espera pela inversão do ônus de sucumbência ou sua distribuição proporcional.

Ao final, pleiteou o conhecimento e provimento do apelo.

O recorrido apresentou contrarrazões às páginas 222-244, suscitando preliminares de não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Germinas Sementes de Pastagens Ltda EPP, nesta ação revisional de contrato bancário em que contende com Banco Safra S.A.

Por ordem de prejudicialidade, analiso inicialmente as preliminares suscitadas nas contrarrazões e, após, se for o caso, passo ao mérito do reclamo.

Da ofensa ao artigo 578, do CPC/73

A instituição financeira afirma, em suas contrarrazões, que o recurso não deve ser conhecido, porquanto se enquadra perfeitamente nas disposições do art. 518, § 1º, do CPC/73.

Com efeito, infere-se dos autos que a sentença objurgada foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015; logo, inaplicáveis quaisquer disposições antigo Diploma Processual, porquanto se encontram revogadas.

Além disso, nos termos do art. 932, IV, “a”, do CPC, quando o recurso estiver em confronto com súmula do STF, do STJ e/ou do próprio Tribunal, caberá ao relator negar-lhe provimento e, não mais deixar de conhecê-lo, sendo, portanto, totalmente descabida a tese apresentada.

Destarte, rejeito essa preliminar.

Da ofensa ao princípio da dialeticidade

A instituição financeira afirma, em suas contrarrazões, que o recurso apresentado não deve ser conhecido, uma vez que somente trouxe argumentações genéricas para combater a sentença, repetindo as mesmas matérias deduzidas na inicial.

Como é cediço, exige-se para a interposição de qualquer recurso a demonstração de suas razões contra a decisão que se combate, sob pena de ser ele inadmitido por ausência de regularidade formal.

Em sede de apelação, o princípio encontra-se insculpido no artigo 1.010, inciso II, do Código de Processo Civil, o qual apregoa que o apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entenda deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida, sem as quais o recurso não pode ser conhecido.

Ao discorrer sobre o tema, Nelson Nery Junior ensina:

“O recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido da nova decisão” (Nery Junior, Nelson. **Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos**. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 149).

Destarte, referido princípio exige que o recorrente aponte a injustiça ou a ilegalidade da decisão que se pretende anular ou modificar, comprovando, de forma clara e precisa, em que consistiu o erro do julgador, cabendo apresentar, nas razões, os fundamentos de fato e de direito que contrariam o julgado objurgado.

Pois bem, não se percebe das razões recursais apresentadas que a recorrente deixou de impugnar especificamente a sentença de primeiro grau, mormente no que diz respeito à necessidade de utilização do CDC, da ausência do instrumento contratual e da forma como deveriam ser aplicados os encargos, impossibilidade de novação da dívida, da repetição do indébito e da modificação do ônus.

Assim, rejeito essa preliminar.

Das razões do apelo

Da utilização do CDC

A recorrente aduz que é plenamente possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor de pessoa jurídica, uma vez que é destinatária final do valor contratado, sendo devida, outrossim, a inversão do ônus da prova, já que presentes os requisitos autorizadores.

Com efeito, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

De início, ressalto que o presente caso não está subordinado às regras do Código de Defesa do Consumidor, conforme bem explicitado pela magistrada singular, porquanto a Corte Superior tem firmado entendimento de que nos financiamentos bancários para incremento da atividade comercial da pessoa jurídica

não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista, porque a recorrente não pode ser considerada consumidora, nos termos do art. 2º, do CDC, já que não é destinatária final dos serviços adquiridos com o recorrido, bem como porque não demonstrado que se encontre em situação de vulnerabilidade em relação a outra parte.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – CONSUMIDOR – FINANCIAMENTO BANCÁRIO – PESSOA JURÍDICA – INCREMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO. 1. Não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista aos financiamentos bancários para incremento da atividade negocial, haja vista não se tratar de relação de consumo nem se vislumbrar na pessoa da empresa tomadora do empréstimo a figura do consumidor final prevista no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do STJ. (...).3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1033736/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/05/2014, DJe 30/05/2014). Destacado

Além disso, não há que se falar em inversão do ônus da prova, pois, como já dito, inaplicáveis as disposições do CDC.

Destarte, a discussão apresentada no feito deve seguir as regras da legislação civil comum e bancária.

Todavia, tal fato não afasta a possibilidade de relativização do princípio da força obrigatória dos contratos, a fim de se obter o equilíbrio nas relações contratuais, desde que a parte autora comprove o fato constitutivo do seu direito.

Dos juros remuneratórios, da capitalização mensal e da comissão de permanência

A recorrente afirma que o recorrido não apresentou o contrato firmado entre as partes, de modo que, nesse contexto, os juros deveriam ficar limitados à taxa média do mercado, ser afastada a capitalização dos juros em período inferior a um ano e exclusão da comissão de permanência.

Com efeito, ao que se colhe dos autos, a recorrente ingressou com a presente ação sustentando que teria firmado com o recorrido um contrato de abertura de conta corrente com limite de crédito (cheque empresarial), bem como vários outros contratos, tais como de: descontos de cheques e duplicatas, empréstimos e renegociações.

O recorrido apresentou os contratos de abertura de conta corrente com cheque especial às páginas 78-85, de empréstimo às páginas 86-96, de cessão fiduciária em garantia de duplicatas e/ou cheques de emissão de terceiros e/ou notas promissórias de emissão de terceiros de páginas 97-101.

Pois bem, não tendo a recorrente especificado exatamente quais seriam os pactos que deixaram de ser juntados (f. 163-164), entender-se-á que os apresentados na ocasião da contestação foram todos os ajustes celebrados entre as partes, de modo que não há que se falar em ausência de juntada dos instrumentos contratuais.

Nesse contexto, passo a análise dos encargos celebrados relativamente aos ajustes apresentados.

No que diz respeito aos juros remuneratórios, o Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula nº 596 e da Súmula Vinculante nº 7, e, o Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial nº 1.061.530, em aplicação do julgamento de recursos repetitivos, fixaram entendimento a ser seguido, no sentido de que é admitida, nos contratos bancários, a contratação de juros remuneratórios acima de 12% ao ano. Vejamos:

“As disposições do Decreto 22626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional (Súmula nº 596/STF)”

“A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar (Súmula Vinculante nº 7).”

“A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.” (Súmula nº 382 / STJ)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – CONTRATOS BANCÁRIOS – AÇÃO REVISIONAL – JUROS REMUNERATÓRIOS. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.061.530/RS, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, submetido ao regime dos recursos repetitivos, firmou posicionamento do sentido de que: ‘a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto’. (...)3. Agravo regimental não provido. (STJ - Terceira Turma – AgRg nos EDcl no REsp 1187753 / MS - Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – Julgamento: 04/10/2011 – Publicação: DJe 10/10/2011). Destacado

Assim, o simples fato dos juros remuneratórios serem superiores a 12% ao ano, não induz automaticamente à abusividade. Contudo, nos casos de revisão de contrato, deve a parte requerida demonstrar que as taxas praticadas não eram abusivas.

Acresça-se que essa matéria, em sede de recurso repetitivo, recebeu o mesmo tratamento no Superior Tribunal de Justiça, conforme Resp nº 1.112.880, no qual foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi:

“(…). 1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente. 2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados. II - Julgamento do recurso representativo - Invertido, pelo Tribunal, o ônus da prova quanto à regular cobrança da taxa de juros e consignada, no acórdão recorrido, a sua abusividade, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento. (...)”. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Ônus sucumbenciais redistribuídos. (STJ - Segunda Seção - REsp 1112880 / PR – Relatora Ministra Nancy Andrighi – Julgamento: 12/05/2010 – Publicação: DJe 19/05/2010). Destacado.

Nesse contexto, cabe analisar, como a instituição financeira juntou os contratos questionados, se houve abusividade na aplicação dos juros remuneratórios capaz de colocar o autor em desvantagem exagerada, situação em que é admitida a revisão das taxas de juros.

Pois bem, como afirmado pela magistrada singular o instrumento contratual de páginas 97-101 (cessão fiduciária em garantia de duplicatas e/ou cheques de emissão de terceiros e/ou notas promissórias de emissão de terceiros), não especifica nenhum encargo, remetendo os valores somente à taxa aplicada na cédula de crédito bancário (mútuo) emitida em 09/02/2015, de modo que nada há de ser revisionado quanto a este ajuste.

Já, no que se refere à cédula de crédito bancário (cheque empresarial – f. 78-85) e à cédula de crédito bancário (Capital de Giro – f. 86-96), percebe-se que foram aplicados, respectivamente, os seguintes juros remuneratórios: 78,562112% ao ano (f. 78) e de 16,765178% ao ano (f. 86).

No entanto, de acordo com as informações divulgadas pelo Banco Central do Brasil (<http://www.bcb.gov.br>), à época da celebração dos contratos (novembro de 2014 – f. 78) e (fevereiro de 2015 – f. 88), as taxas médias praticadas eram de 181,61% ao ano, nos Termos da Série de nº 20.727, denominada de “Taxa média de juros das operações de crédito com recursos livres - Pessoas jurídicas - Cheque especial” e de 22,39% ao ano, em conformidade com a série de nº 20.722, denominada de “Taxa média de juros das operações de crédito com recursos livres - Pessoas jurídicas - Capital de giro com prazo de até 365 dias”.

Destarte, verifica-se que os percentuais dos juros remuneratórios praticados pela instituição financeira foram bastantes inferiores à taxa média praticada, de modo que não há que se falar na revisão destes ajustes quanto a este encargo.

Já, no que se refere à capitalização dos juros, há que se afirmar que nos contratos ajustados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17, revigorada pela Medida Provisória nº 2.170-36, DOU de 24.08.2001, em vigência graças ao art. 2º, da Emenda Constitucional nº 32/2001, DOU de 12.09.2001, é admissível a capitalização dos juros em período inferior a um ano, desde que expressamente pactuada.

Cumpre-se salientar, que anteriormente este relator entendia pela existência da contratação da capitalização mensal, quando da multiplicação da taxa de juros mensal por doze (quantidade de meses do ano), o excesso do resultado relativo a doze (quantidade de meses ao ano) caracterizaria pactuação pelas partes.

Posteriormente, em atenção à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, passei a entender que a comprovação do acordo da aceitação da capitalização na forma mensal deve ser expressa, ou seja, por meio de cláusula contratual escrita e não por conta aritmética, eis o julgado:

CIVIL – BANCÁRIO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – CONTRATAÇÃO EXPRESSA – NECESSIDADE DE PREVISÃO – DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. 1. A contratação expressa da capitalização de juros deve ser clara, precisa e ostensiva, não podendo ser deduzida da mera divergência entre a taxa de juros anual e o duodécuplo da taxa de juros mensal. 2. Reconhecida a abusividade dos encargos exigidos no período de normalidade contratual, descaracteriza-se a mora. 3. Recurso especial não provido. (STJ - Terceira Turma - REsp 1302738 / SC – Relatora Ministra Nancy Andrighi – Julgamento: 03/05/2012 – Publicação: DJe 10/05/2012)

Porém, em agosto de 2012, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 973.827, afeto à sistemática de recursos repetitivos, fixou as seguintes teses:

“1) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada;

2) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior

ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.”

Neste contexto, verifica-se do contrato de cheque (f. 78), que consta a informação de que capitalização dos juros seria mensal, o que pode ser observado da multiplicação da taxa mensal dos juros remuneratórios que era de 4,95% por 12 (quantidade de meses do ano), resultando num valor inferior (59,40%) àquele indicado no contrato que seria de 78,562112% ao ano.

O mesmo acontece com o contrato de capital de giro (f. 86), onde há indicação da taxa mensal (1,3%) e da anual (16,765178%), e se multiplicada a mensal por 12 meses daria num valor inferior ao pactuado (15,6%).

Por oportuno:

“(...). 3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.” - “A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. (...). 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 973827/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 08/08/2012, DJe 24/09/2012). Destacado.

Desta feita, houve contratação expressa de capitalização mensal dos juros remuneratórios, de modo que se admite sua cobrança, devendo a sentença ser mantida nesse ponto.

No que se refere, por fim, à comissão de permanência, consoante entendimento pacificado no Tribunal Superior quando do julgamento do recurso repetitivo, REsp 1.058.114, a cláusula contratual que prevê a cobrança da comissão de permanência não é potestativa, devendo ser calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, de acordo com a espécie da operação, limitada à taxa do contrato, sendo admitida apenas no período de inadimplência, desde que não cumulada com os juros remuneratórios e os encargos moratórios (juros de mora e multa contratual).

A propósito:

“[...] 2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para vigor após o vencimento da dívida. 3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC. [...]”. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1058114/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, j. 12/08/2009).

O STJ confirmou esse posicionamento, em julgado da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, vejamos:

“É legal a cobrança de comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato, sendo

vedada, entretanto, a sua cumulação com juros remuneratórios, correção monetária, juros moratórios ou multa contratual.” (STJ - Terceira Turma - REsp nº 1.080.507/RJ - Julgamento: 15.12.2011 – Publicação: 01.02.2012)

Nesse contexto, disciplinam, respectivamente, as Súmulas nºs 30 e 472, do Superior Tribunal de Justiça que:

“A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.”

“A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.”

Como se vê, é permitida a incidência da comissão de permanência, no período de inadimplência, desde que contratada e não cumulada com os demais encargos moratórios e compensatórios.

No caso dos autos, há no instrumento contratual cheque especial (f. 78-85), em especial na 15ª cláusula, a indicação de cobrança de: juros moratórios e multa contratual. Ou seja, não há cobrança de comissão de permanência, de modo que não há que se falar em revisão do ajuste neste ponto.

O mesmo se pode dizer do pacto de capital de giro (f. 86-101), onde na 9ª e 10ª cláusulas não consta qualquer informação da incidência de comissão de permanência, no período da inadimplência.

Destarte, não se vislumbra qualquer motivo para revisar os ajustes quanto a estes encargos, de modo que a sentença deve ser mantida nestes pontos.

Da novação

A recorrente afirma que foi obrigada a firmar uma renegociação para saldar débitos anteriores e não ter o nome negativado. Além disso, repactuadas e unificadas as dívidas em um novo crédito, não há que se falar em novação, nos termos dos arts. 360, I e 361, do CC, motivo pelo qual deve ser determinada a revisão contratual desde a origem.

Com efeito, como se verificou dos autos não há qualquer comprovação de que a empresa-requerente tenha firmado diversos pactos de renegociação na finalidade de um quitar ou não um débito anterior, havendo simplesmente a pactuação de uma cédula de abertura de conta corrente com cheque especial, um contrato de mútuo para finalidade de capital de giro e um ajuste de cessão fiduciária em garantia de duplicatas e/ou cheques de emissão de terceiros e/ou notas promissórias de emissão de terceiros.

Nesse contexto, não tendo a recorrente se desincumbido do ônus que lhe competia, na forma do art. 373, I, do CPC, não há como se verificar a alegada tese de inexistência de ânimo de novar.

Da restituição de valores e do ônus de sucumbência

A recorrente afirma que reconhecida a cobrança indevida/abusiva, deve ser restituída dos valores pagos a maior, bem como sustenta que, com o provimento do recurso, espera pela inversão do ônus de sucumbência ou sua distribuição proporcional.

Com efeito, em virtude do resultado do julgamento, tornam-se prejudicadas tais matérias, motivo pelo qual deixo de conhecê-las.

Diante do exposto, rejeito as preliminares de não conhecimento do apelo, suscitadas nas contrarrazões.

Com relação à apelação, conheço parcialmente da súplica e, nego-lhe provimento.

Via de consequência, como a sentença foi publicada após a vigência do atual Código de Processo Civil, fixo honorários advocatícios recursais em 3% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 11º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares, conheceram parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 3 de outubro de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0822268-51.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – TEORIA DA – USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA – ARTIGO 183, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REQUISITOS PRESENTES – AQUISIÇÃO PRESCRITIVA PROCEDENTE – ÁREA INFERIOR AOS LIMITES DA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO – IRRELEVÂNCIA – DIREITO CONSTITUCIONAL QUE NÃO PODE SER OBSTADO POR LEI INFRACONSTITUCIONAL – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Conforme entendimento firmado no STF: “*preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote)*” (RE 422349).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de novembro de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Maximina Esquivel Tomicha, nos Autos de Ação de Usucapião de nº 0822268-51.2013.8.12.0001 em que contende com Sebastião Martins de Freitas, Sebastião Alves da Costa e Eronides Correa de Santana, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

Busca a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido inicial, ao argumento de que a área que se pretende usucapir não preenche os requisitos mínimos de tamanho nos termos da lei municipal;

Não deve prosperar a mencionada falta de interesse processual, pois a exigência da legislação local é para a implantação de loteamento;

A área pretendida nesta ação se refere à sobra existentes de dois lotes, não se tratando de desmembramento ou implantação de novo loteamento;

Reside no local há mais de 30 anos, o que foi corroborado pelas testemunhas, além de não existir qualquer oposição ao pedido da parte autora, sequer dos entes públicos, sendo certo que, antes mesmo do

ajuizamento da demanda – no ano 2013, a autora já fazia jus à aquisição e preenchia os requisitos da Lei Complementar Municipal nº 75/2005, que permitia lotes com área de 150 m² e testada mínima de 5m e foi modificada apenas no ano de 2012;

Não procede a assertiva do juízo singular no sentido de que referida lei não tem aplicação ao caso em tela, porquanto as hipóteses nela indicadas são apenas exemplificativas; e,

Também tem o direito à usucapir pela regra do artigo 188, da CF/1988.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para julgar procedente o pedido inicial, reconhecendo a prescrição aquisitiva da autora sobre o imóvel em questão.

Sem contrarrazões.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Maximina Esquivel Tomicha, nos Autos de Ação de Usucapião de nº 0822268-51.2013.8.12.0001 em que contende com Sebastião Martins de Freitas, Sebastião Alves da Costa e Eronides Correa de Santana, oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade da súplica recursal, recebo-a em seus efeitos devolutivo e suspensivo, conforme disposto no artigo 1.012, do CPC.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Neste apelo, a parte recorrente alega que a legislação local refere-se à implantação de loteamento e, no caso, a área que se pretende aquisição pela usucapião decorre de sobra existente de dois lotes, não se aplicando a legislação municipal ao caso em tela.

Ainda, assevera que reside no imóvel há mais de 30 anos, inexistindo qualquer oposição dos vizinhos ou mesmo dos entes públicos e, inclusive, quando do ajuizamento da demanda, a autora já fazia jus à aquisição e preenchia os requisitos da Lei Complementar Municipal nº 75/2005, que permitia lotes com área de 150 m² e testada mínima de 5m e foi modificada apenas no ano de 2012.

Por fim, aduz que a sentença deve ser reformada e o pedido inicial deve ser julgado procedente.

Pois bem.

No caso, restou incontroverso que a autora ocupa o imóvel em questão há mais de 15 anos, de forma ininterrupta, sem qualquer oposição.

A discussão que surgiu no curso da lide refere-se à possibilidade ou não de a parte autora usucapir área inferior à metragem estabelecida na legislação municipal para a região na qual se encontra localizado o bem imóvel em questão.

Entretanto, ainda que tal discussão tenha surgido na demanda, analisando-se os autos, entendo que questão é irrelevante para o deslinde do feito.

Explico.

É certo que a autora formulou pedido inicial com base na usucapião extraordinária, prevista no artigo 1.328, do Código Civil. Porém, uma vez que o magistrado não está adstrito ao direito invocado pela parte, mas pela narrativa dos fatos, entendo que não há qualquer óbice para análise do feito com base no artigo 183, da Constituição Federal.

Referido artigo estabelece que:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

Logo, uma vez que estão presentes os requisitos do artigo constitucional em análise, pois a autora comprovou que possui como sua área urbana de até 250m², desde outubro de 1998, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia, aliado ao fato de que não há nos autos qualquer prova de que ela possua outro bem imóvel em seu nome, inclusive conforme restou evidenciado pelas certidões de f. 335-337, tenho que o pedido inicial deve ser procedente.

Inclusive, neste momento, conquanto o membro do Ministério Público tenha ressaltado que a autora seria proprietária de outro bem – vizinho ao usucapiendo, não identifico nos autos esta prova, mormente as matrículas acostadas nos autos em páginas 19/22 apontam como proprietários dos lotes lindeiros pessoas distintas da autora.

Nota-se que o imóvel que a autora pretende adquirir a propriedade, conforme identificado na perícia, refere-se ao um excesso da quadra 04, entre os lotes 06 e 07, fazendo fundos com o lote 17. Na documentação acostada aos autos, o lote 06 pertence à Sebastião Alves da Costa e Madalena Gonçalves da Costa (f. 19), o lote 07 pertence à Sebastião Martins de Freitas e, por sua vez, o lote 17 é de propriedade de Eronides Correa de Santana e Rosa Aparecida Ferreira de Santana.

Desta forma, comprovado que a autora não possui nenhum outro bem imóvel registrado em seu nome.

Ainda, destaca-se que o fato de o imóvel ser de tamanho inferior ao que dispõe a lei de parcelamento do solo urbano, o STF, como bem destacou o magistrado singular, reconheceu a impossibilidade de limitação infraconstitucional à aquisição prescritiva.

EMENTA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA – INTERESSADOS QUE PREENCHEM TODOS OS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 183 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PEDIDO INDEFERIDO COM FUNDAMENTO EM EXIGÊNCIA SUPOSTAMENTE IMPOSTA PELO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO EM QUE LOCALIZADO O IMÓVEL – IMPOSSIBILIDADE – A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA TEM RAIZ CONSTITUCIONAL E SEU IMPLEMENTO NÃO PODE SER OBSTADO COM FUNDAMENTO EM NORMA HIERARQUICAMENTE

INFERIOR OU EM INTERPRETAÇÃO QUE AFASTE A EFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO – RECURSO PROVIDO – 1. MÓDULO MÍNIMO DO LOTE URBANO MUNICIPAL FIXADO COMO ÁREA DE 360 M² – PRETENSÃO DA PARTE AUTORA DE USUCAPIR PORÇÃO DE 225 M², DESTACADA DE UM TODO MAIOR, DIVIDIDA EM COMPOSSE – 2. NÃO É O CASO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA MUNICIPAL – 3. TESE APROVADA: PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 183 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O RECONHECIMENTO DO DIREITO À USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA NÃO PODE SER OBSTADO POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL QUE ESTABELEÇA MÓDULOS URBANOS NA RESPECTIVA ÁREA EM QUE SITUADO O IMÓVEL (DIMENSÃO DO LOTE) – 4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 422349, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2015, Acórdão eletrônico repercussão geral - Mérito DJe-153 Divulg 04-08-2015 Public 05-08-2015)

Assim, tem a autora direito de adquirir a propriedade do bem imóvel referente à sobra de lote na quadra 4.

Outrossim, ainda que assim não fosse, é certo que o lote que a autora pretende adquirir a propriedade é de metragem inferior ao estabelecido na legislação municipal, possuindo 219m².

Contudo, como bem exposto na manifestação do Ministério Público (f. 321-328), em que pesem as alegações do magistrado singular, não há razões para negar a aquisição da propriedade à autora.

A Lei Complementar nº 211/2012 estabeleceu a metragem mínima de 360 m² para constituição de um lote urbano, exigindo, ainda, 12m de testada quando o lote estiver no meio de quadra.

Na hipótese em tela, o imóvel em questão refere-se a um excesso da quadra 04, entre os lotes 06 e 07, ou seja, é o que se passou a denominar de “desdobro” ou “desdobre”.

Neste rumo, visto que não se trata de novo loteamento ou parcelamento do solo de forma irregular, mas de regularização de uma situação fática já consolidada pelo passar de vários anos, inexistindo sequer oposição da municipalidade quanto ao pedido de aquisição da propriedade, não vejo razões para julgar improcedente a súplica inaugural fulcrado apenas na metragem do imóvel.

Portanto, quer pela presença dos requisitos do artigo 183, da Constituição Federal, quer também pela satisfação das exigências contidas no artigo 1.238, do Código Civil, o pedido inicial deve ser julgado procedente.

Diante do exposto e com o parecer, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento a fim de reformar a sentença recorrida e julgar procedente o pedido inicial para declarar, em favor da requerente, o domínio do imóvel descrito na inicial, referente à sobra de terreno na quadra 4, do Bairro Santo Antonio, nesta capital, determinando-se a expedição do correspondente mandado de registro de sentença ao registro de imóvel da 1ª Circunscrição de Registro de Imóveis da Comarca de Campo Grande – MS.

Em razão da ausência de contencioso, do novo resultado da demanda e tendo em vista que a autora é beneficiária da justiça gratuita, sem custas e honorários sucumbenciais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 14 de novembro de 2018.

2ª Câmara Cível**Apelação nº 0800388-89.2017.8.12.0024 - Aparecida do Taboado****Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES DE NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA–REJEITADAS–NEPOTISMO–SERVIDOR NOMEADO EM CARGO EM COMISSÃO – AUSÊNCIA DE DOLO – NEPOTISMO NÃO CARACTERIZADO – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO CARACTERIZADO – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Inexiste violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa se intimada a parte para se manifestar esta optou por permanecer inerte ante ao encerramento da fase de instrução e manifestação da parte adversa.

Para a configuração de violação ao art. 11, da Lei 8.429/92, faz-se necessária a comprovação de comportamento doloso por parte do agente público, assim nomeação de agente público para cargo comissionado após o afastamento para tratamento de saúde de seu parente por afinidade não indica vontade consciente de aderir à conduta ilícita ou tendente a contrariar os princípios da administração pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

J.R.S.R. de A., nos autos da Ação Civil Pública de nº 0800388-89.2017.8.12.0024 em que contende Ministério Público Estadual, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Fora condenado por suposta prática de nepotismo com a nomeação de L.A. de L. que teria, em tese, parentesco com o ex-chefe de gabinete do Município, Sr. A.R.R.;

Após o primeiro apontamento pelo MP de possível irregularidade com a nomeação de L. houve a exoneração da mesma em respeito à opinião do *Parquet*;

Na ocasião da segunda nomeação de L. o Sr. A. não mais estava vinculado ao Município, nem recebia quaisquer valores do Município, mas sim do INSS em razão de doença;

Enfim, não houve ocupação de cargo remunerado por L. e A.;

A sentença é nula em razão da violação do devido processo legal pela supressão da fase de alegações finais e da Lei nº 13.655/18.

Por derradeiro, requer a reforma da decisão e provimento do recurso (f. 197-212).

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo improvimento do mesmo (f. 217-227).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

J.R.S.R. de A., nos autos da Ação Civil Pública de nº 0800388-89.2017.8.12.0024 em que contende Ministério Público Estadual, oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC).

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou procedente o pedido contido na inicial.

Eis os termos do dispositivo da sentença atacada:

“(...) Dispositivo.

Posto isso, julgo, com resolução de mérito, com fulcro no art. 487, I, do CPC, procedente o pedido inicial e declaro que o requerido J.R.S.R. de A. praticou ato de improbidade administrativa, definido no art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92, em razão do que o condeno nas sanções previstas no inciso III do art. 12º da referida Lei, nos seguintes termos:

a) suspensão dos direitos políticos por 03 anos; e

b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Condeno o requerido ao pagamento das custas processuais. Deixo de condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios, posto que incabível seu recebimento pelo Ministério Público, nos termos do art. 128, inciso II, da CF, e art. 44, inciso I, da Lei nº 8.625/93. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Aparecida do Taboado/MS, 23 de julho de 2018. Kelly Gaspar Duarte Neves - Juíza de Direito”.

O apelante apresenta o seu inconformismo baseado na argumentação de que a funcionária comissionada L. não esteve atuando em função pública perante a municipalidade em período concomitante com o recorrente ocupante de cargo de direção, chefia e assessoramento, bem como, apresenta preliminar de nulidade por desrespeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Das preliminares.

Observa-se nos autos que após a juntada de ofício do INSS (f. 140-165) ocorreu a intimação das partes para se manifestarem (f. 135, 169), tendo o Ministério Público assim agido (f. 171-172) e o recorrente se manteve inerte (f. 173).

Nas assertivas da parte autora houve pedido para o julgamento antecipado do mérito e, tendo o magistrado de primeiro grau entendido que a causa estava madura, proferiu a sentença (f. 174-189).

Eis o trecho final do relatório da sentença (f. 175):

“(...) Instado a manifestar sobre a produção de outras provas, o requerido pugnou pela produção de prova oral e pericial (f. 133-134), cujo pedido foi indeferido, tendo em vista que o fato alegado poderia ser comprovado mediante ofício ao INSS, cuja resposta foi juntada à f. 140-165.

Sobre os documentos juntados, o Ministério Público manifestou à f. 171-172. Já o requerido quedou-se inerte (f. 173).

Vieram conclusos (...)”.

Logo, tendo o magistrado condutor do feito oportunizado a manifestação das partes após a juntada do ofício do INSS e a parte requerida optado por não se pronunciar, não haveria o que se falar sobre nulidade ante a ausência de devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, afinal, a parte assistiu inerte aos atos processuais e optou pelo silêncio.

Ainda que a parte recorrente invoque o disposto no artigo 364 do CPC, os autos demonstram que o magistrado condutor do feito realizou correto chamamento às partes sobre o encerramento da instrução (f. 135).

Por isso, em razão da inércia da parte e considerando a oportunidade concedida pelo magistrado para manifestações, rejeito as preliminares de nulidade sobre eventual ausência de contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Do mérito.

Restou incontroverso nos autos que foram contemporâneos no exercício de função pública perante a municipalidade de Aparecida do Taboado - MS, A.R.R. e L.A. de L. (f. 24-26 e 28), ademais, o próprio apelante admitiu desde a fase de inquérito civil que a L. seria sua enteada (f. 22).

O apelante sustenta que acolheu as orientações do Ministério Público e só voltou a contratar L. por ocasião do afastamento de A. para tratamento de saúde.

Destaque-se também que fora afastado o dano ao erário em razão dos serviços efetivamente prestados pelos agentes nomeados, restando para a análise nos autos a questão de saber se houve nepotismo e ato de improbidade administrativa capitulada no artigo 11 da LIA (lei nº 8.429/92) com a prática de atos de ilegalidade e imoralidade no âmbito da administração pública.

Eis o dispositivo legal:

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Analisando-se detidamente os autos, conclui-se que não há indícios de violação aos princípios da Administração Pública ou improbidade administrativa, tampouco nepotismo.

Com efeito, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal editou, em 2008, a Súmula Vinculante nº 13, em que restou assentado que:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

O enunciado acima descrito deriva do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade - ADC de 12, do Recurso Extraordinário - RE de nº 579.951, do Mandado de Segurança - MS de nº 23.718, do que dispõe a Resolução de nº 07/2005, do CNJ, e mormente, dos princípios constantes no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que impõe ao administrador o dever de agir conforme os padrões éticos de probidade, decoro, honradez, dignidade e boa-fé.

Pois bem, sabe-se que, na maioria das vezes, a nomeação de parentes vulnera o princípio constitucional da eficiência, na medida em que visa beneficiá-los, com a designação de pessoa não necessariamente

preparada para o exercício da função pública, em detrimento de outros cidadãos mais bem qualificados para o exercício de tais ocupações, o que gera uma presunção de dano à sociedade como um todo, além de possível desvio de finalidade.

Como cediço, o agente político é aquele detentor de cargo eletivo, eleito por mandatos transitórios, como os chefes de Poder Executivo e membros do Poder Legislativo, além de cargos de ministros de estado e de secretários nas unidades da federação, os quais não se sujeitam ao processo administrativo disciplinar.

O agente público é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública. A lei de improbidade administrativa (Lei nº 8429/92) conceitua agente público como:

“(...) todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Sob esta ótica, considerando que não há elementos que indiquem a intenção de desviar a finalidade do ato, tampouco de favorecimento indevido, já que é livre a nomeação para cargo político e, como assentado, o simples fato de se tratar de parente, por si só, não é indicativo de configuração de conduta ilícita, não há que se falar em nepotismo no caso dos autos.

À toda prova, verifica-se que o recorrente buscou cumprir as orientações do Ministério Público em relação à eventual ilegalidade por nepotismo entre o agente nomeado para o cargo de chefe de gabinete e sua enteada nomeada para função de chefe de programa para turismo com lotação na Secretaria de Assistência Social do Município, exonerando esta última.

Outrossim, com o afastamento para tratamento de saúde, recebendo benefícios do INSS, ainda que sem a exoneração (vínculo jurídico), do Sr. A.R.R. houve nova contratação da Sra. L.A. de L. por haver entendimento de que não mais havia conflito entre os comissionados em razão do parentesco por afinidade.

O Ministério Público requereu a condenação do então Prefeito Municipal por entender que o mesmo cometeu ato de improbidade administrativa, sobrevivendo a condenação que fundamentou em violação aos princípios da legalidade e moralidade administrativa.

Entretanto, não houve a comprovação do dolo, elemento subjetivo, manifesta vontade de violar os princípios administrativos.

O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica (AgRg no REsp 1535600/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/09/2015, DJe 17/09/2015). É exatamente esse dolo que não se encontra presente nos autos, onde a conduta do recorrente se mostra no sentido contrário, tendo realizado a contratação de L. apenas na ocasião do afastamento de A. (f. 43, 58 e 148), tanto que a foi reconhecido que não houve dano ao erário porque os serviços foram devidamente prestados pelos agentes.

Nesta senda:

ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITA MUNICIPAL – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS SEM CONCURSO PÚBLICO – AMPARO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) – ART. 11 DA LEI 8.429/92. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte

Superior de Justiça, a contratação de servidores públicos sem concurso público baseada em legislação local não configura improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo), necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública. A propósito: AgRg no REsp 1358567 / MG, desta relatoria, Primeira Turma, DJe 09/06/2015; REsp 1.248.529/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/09/2013. 2. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1330293/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018)

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – IRMÃO DO EX-PREFEITO – SERVIDOR EFETIVO NOMEADO EM CARGO EM COMISSÃO COM QUALIFICAÇÃO TÉCNICA COMPATÍVEL – AUSÊNCIA DE DOLO – NEPOTISMO NÃO CARACTERIZADO – RECURSO PROVIDO – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO – REDISCUSSÃO DE QUESTÕES JÁ DECIDIDAS – PREQUESTIONAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – DECLARATÓRIOS REJEITADOS. *Inexiste omissão no fato de o julgador não acolher os argumentos apresentados pela parte embargante, sendo inviável a utilização dos aclaratórios como meio de rediscutir questão já decidida. Para a configuração de violação ao art. 11, da Lei 8.429/92, faz-se necessária a comprovação de comportamento doloso por parte do agente público, ou seja, que este tenha agido de forma ilícita, ciente da antijuridicidade de seu comportamento funcional (consciente de que está transgredindo Princípio Constitucional). In casu, o acórdão atacado tem fundamentação clara e precisa no sentido de que o recorrente Amaro Martins, irmão do ex-prefeito Manoel José Martins, também era ocupante de cargo efetivo de operador de máquina (f. 71) desde a gestão do prefeito anterior, sendo certo que não há como se vislumbrar ilegalidade da designação para ocupar cargo em comissão, primeiro por fazer parte do quadro de funcionários concursados (cargo efetivo de operador de máquina), e com qualificação técnica totalmente compatível com a função designada (Diretor do Departamento de Obras), além de que não estava sob as ordens imediatas de seu irmão, o ex-prefeito Manoel José Martins. Embargos rejeitados. (TJMS. Embargos de Declaração nº 0800353-47.2013.8.12.0032, Deodápolis, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 10/08/2018, p: 13/08/2018). Com destaque.*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE FILHA DE VEREADOR – CARGO EM COMISSÃO – NEPOTISMO CRUZADO NÃO DEMONSTRADO – ARTIGO 11 DA LEI 8.429/92 (LIA) – ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) – NÃO CONFIGURADO – APELO DE GELSON GUIMARÃES PROVIDO – RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, QUE PROPUGNAVA A MAJORAÇÃO DA PENA, EM RELAÇÃO A UM APELADO, E CONDENAÇÃO, EM RELAÇÃO A OUTRO, PREJUDICADO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. *Ausente prova de ajuste mediante designação recíproca na nomeação para cargo em comissão da filha de vereador no Município de Bandeirantes/MS, não demonstrado nepotismo cruzado, pela ausência de relação de parentesco entre a apelada e a autoridade que a nomeou, impassível de configuração de nepotismo, segundo a jurisprudência do STF, não há como falar em ato de improbidade. Inteligência da Súmula Vinculante nº 13 do STF. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10). No presente caso, a conduta imputada ao agente político consiste na suposta contratação irregular de assessora técnica, por não deter conhecimentos específicos e ser filha de outro vereador, evidenciando, em princípio, a prática de ilegalidade, contudo, neste caso,*

a contratação foi precedida de parecer favorável da assessoria jurídica, reconhecida, também, a inaplicabilidade da súmula vinculante nº 13, do STF, não havendo qualquer demonstração de má-fé do contratante, ou propósito desonesto, não havendo como falar em cometimento de ato de improbidade administrativa. Reiteradas decisões do c. STJ, no sentido de que “(...) o ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa)”. Precedentes: REsp. 1.248.529/MG, AIA 030/AM e REsp. 1.103.633/MG. (TJMS. Apelação nº 0001697-25.2010.8.12.0025, Bandeirantes, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 27/10/2015, p: 06/11/2015). Com destaque.

Logo, merece reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto e contra o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a sentença objurgada e julgar improcedente os pedidos contidos na presente ação civil pública.

Deixo de aplicar condenação em honorários advocatícios em face do Ministério Público.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0017350-71.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE AJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA DECORRENTE DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DAS PARTES – REJEITADA – MÉRITO – CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS REGULADO PELO CÓDIGO CIVIL DE 1916, POR QUESTÃO DE INTERTEMPORALIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE CEDÊNCIA DOS DIREITOS VINDICADOS ANTES DE TRANSITADA EM JULGADO A SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA PARTILHA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – NÃO COMPROVAÇÃO DE ANUÊNCIA DOS DEMAIS HERDEIROS QUANTO A BEM INDIVISO – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE SUCESSÕES PARA CONHECER DO PEDIDO – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR CONFIRMADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de apelação interposta por espólio de Sydneis dos Santos contra a sentença proferida pelo juízo da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande nos autos de ação de adjudicação compulsória movida contra Maria da Conceição Anastácio, que julgou extinto, sem resolução de mérito, o feito de origem, em que o pedido consistia no suprimento de assinaturas dos responsáveis pela escritura do contrato de cessão de direitos hereditários referente a um lote com 1.873,33 m², (Objeto da Transcrição nº 3.645, do Cartório do 1º Ofício da Capital).

O apelante alega que a sentença é nula, pois não houve intimação para prévia manifestação da parte quanto à extinção do feito sem resolução do mérito.

No mérito, pugna pela reforma da sentença, para que o pedido adjudicatório seja julgado procedente, ao argumento de que a sentença é contraditória, ao dispor que até a vigência do Código Civil de 2002 não havia dispositivo sobre cessão de direitos hereditários (sendo a questão resolvida, até então, por construção jurisprudencial e doutrinária) e, por outro lado, constar no *decisum* que o artigo 1.580, do CC/1916, vedava expressamente a alienação de coisa singularmente considerada do patrimônio a ser inventariado. Aduz que, porém, o supracitado dispositivo legal não trata da aludida vedação. Alega que a parte em que o juízo *a quo*

menção que se estaria diante de vício insanável, por se tratar de cessão elaborada sobre bem determinado, não se sustenta, haja vista que o CC/1916, como já dito, não regulava a cessão de direitos hereditários, e os poucos dispositivos que tratavam de cessão de crédito naquele Código não vedavam a individualização do bem. Pondera que o campo a ser discutido é o da ineficácia, e não o da invalidade, uma vez que o CC/2002, que passou a tratar da cessão em comento, faz menção a ineficácia quando a regula. Afirma que a lei não proíbe a cessão em questão mas, ao revés, o novo Código estabelece apenas a ineficácia da cessão em relação aos demais herdeiros, indicando, pois, que o negócio jurídico é existente e válido. Assevera que incumbe ao cessionário se apresentar nos autos de inventário e adjudicar o bem, registrando sua respectiva carta caso o bem seja, efetivamente, atribuído ao herdeiro cedente; se porventura isso não ocorrer, o negócio não produz efeitos em relação aos demais herdeiros, resolvendo-se a cessão com a devolução do preço pago e demais despesas realizadas pelo cessionário, na forma ajustada no contrato. Aponta que, no caso, o bem individualizado na cessão de direitos em questão, conforme o esboço de partilha juntado, ficou para a cedente/herdeira, Maria da Conceição Ramos, transmudando-se em cessão eficaz, fazendo-se necessária a regularização da área com a adjudicação pleiteada, uma vez que a carta cessionária foi devidamente apresentada em Juízo.

O apelante refere, ainda, que não haveria vício insanável na cessão de direitos, uma vez que o contrato em comento foi realizado depois de ultimada a partilha, a saber, em 16.12.1988, quando o esboço de partilha já teria sido apresentado (o que ocorreu em 12.02.1986). Assim, restaria afastado o fundamento de que teria havido disposição do bem antes de ultimada a partilha. Argumenta, também, que o juízo *a quo* não carece de competência para julgar a lide: primeiro, porque não se trata de vício insanável, como já dito; e, segundo, porque a Resolução nº 221/1994, do TJMS, prevê a competência da vara de sucessões para dirimir a controvérsia, posto que o pedido adjudicatório foi intentado com fundamento na existência da referida cessão, e tendo em vista que a cedente já era falecida, sendo que o objeto do contrato estava entre os direitos hereditários constantes no inventário de Vitalina Maria de Jesus, já que o bem objeto da cessão consta no esboço de partilha referente a tal inventário.

A apelada, por sua curadoria especial, pugna pelo desprovimento do recurso (f. 108-118).

Em memoriais de f. 128-129, o apelante informa que junta aos autos o formal de partilha 309/83, de inventário de bens deixados por Vitalina Maria de Jesus, cuja ausência teria servido de fundamento para prolação da sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito. Alega que tal formal de partilha estava perdido, e só foi localizado agora, razão pela qual só procedeu à sua juntada nesse momento. Pugna para que a sentença seja cassada, e sejam os autos remetido à origem, para apreciação da documentação.

Em resposta de f. 147, a curadoria especial da recorrida alega ser inoportuna a juntada dos documentos de f. 131-143, haja vista que não são novos, uma vez que existentes ao tempo do ajuizamento da ação. Aduz, ainda, que em nada alteram o vício apontado na sentença, pelo que ratifica o pedido de desprovimento do recurso.

VOTO (EM 11/09/2018)

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (Relator)

Primeiramente, o apelante alega que a sentença é nula, nos termos do artigo 9º, do Código de Processo Civil, pois não teria havido a intimação da quanto ao fundamento para a extinção do feito sem resolução do mérito.

Referida preliminar não merece guarida.

Primeiro, porque o feito tramitou, até a última manifestação do ora apelante (datada de 04.03.2016), que é o ato imediatamente anterior à prolação da sentença, pelo rito do Código de Processo Civil de 1973, que não exigia a manifestação prévia das partes para que seja prolatado qualquer *decisum*.

Em segundo lugar, porque o juízo *a quo*, ao proferir sentença, apesar de ter extinto o feito sem resolução de mérito, tomou por base algumas questões a ele relativas, como a ausência de produção de efeitos da cessão de direitos hereditários, o que levou ao entendimento da inadequação da via eleita, e consequente extinção do feito sem julgamento da questão meritória propriamente dita.

E, em terceiro lugar, porque não há se falar em inovação ou surpresa porque o juízo optou por prolatar sentença ao invés de deferir a produção das provas requeridas, ainda mais se julgar tal produção impertinente e ou prescindível ao deslinde do feito.

No mesmo sentido do acima esposado é o entendimento deste e. Tribunal de Justiça:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ANTE A NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – REALIZAÇÃO DE DUAS AUDIÊNCIAS COM A FINALIDADE DE COMPOSIÇÃO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA – AUSÊNCIA DE INSERÇÃO DE ELEMENTOS NOVOS NA DECISÃO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE ANTE A ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS A PRODUZIR – VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – DECISÃO SUCINTAMENTE FUNDAMENTADA MAS APTA À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA ACERCA DE TODAS AS ALEGAÇÕES DAS PARTES – NULIDADE NÃO CONFIGURADA – SENTENÇA MANTIDA – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DEVIDA – APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO – SENTENÇA RECORRIDA PUBLICADA APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DO NOVO CPC (§ 11 DO ART. 85) – NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO ADICIONAL REALIZADO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - Havendo efetiva realização de audiência de conciliação, não há que se falar em nulidade do processo. De outro vértice, a simples ausência de realização de audiência de conciliação não é apta para acarretar a nulidade de todo o feito, já que não subtrai das partes a possibilidade de obtenção da transação por meios próprios a qualquer momento.

II - O princípio da vedação da surpresa (art. 10, do CPC) tem por escopo vedar, tão somente, a inserção de questão não discutida previamente no processo nos fundamentos de decidir, não se prestando, porém, para impedir o magistrado de dar impulso oficial ao processo, prolatando decisão antecipada de mérito, mormente ante a inexistência de provas a serem produzidas por qualquer das partes.

III - Não se verifica nulidade na decisão que, conquanto através de fundamentação sucinta, consigna os elementos necessários à solução da demanda, colacionando, ainda, jurisprudência relacionada à matéria debatida, o que permite reforçar a decisão com a fundamentação per relationem. De se notar que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

IV - Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos

infundados ou protelatórios. (TJMS. Apelação nº 0811605-38.2016.8.12.0001. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento: 15.05.2018).

Pontuo, também, que ainda que fosse o caso de ocorrência de Decisão surpresa, a determinação de retorno dos autos seria inócua, haja vista que a parte adversa foi citada por edital, e não teria nada a acrescentar. Por outro lado, o retorno dos autos só prejudicaria a própria parte recorrente, posto que o juízo já se manifestou em relação à lide, entendendo, inclusive, que seria incompetente para o julgamento da demanda. Determinar a remessa dos autos só traria mais demora ao julgamento da questão.

Ademais, a parte teve a oportunidade de manifestar seu descontentamento perante este e. Tribunal de Justiça, arguindo todas as questões pelas quais entende que a sentença merece reforma. Como tais questões não dependem de produção de provas que só poderiam ser produzidas em primeira instância, é o caso de conhecimento direto do pedido recursal, pelo que afasto a preliminar de nulidade da sentença.

No mérito, por análise do processado, concluo que o recurso não merece provimento.

Isso porque a questão realmente não deve ser resolvida por simples alvará judicial para adjudicação do bem constante em partilha homologada em inventário, pelos motivos delineados na sentença recorrida.

Com efeito. O ajuste entre Sydneis dos Santos (hoje representado por seu espólio) e esposa, e Maria da Conceição Anastácio, data de 16.12.1988 (f. 7-9). O contrato de cessão de direitos hereditários versa sobre bem que constava em esboço de partilha, datado de 12.02.1985 (f. 52-53), homologada em processo de inventário, por sentença proferida em 26.03.1985 (f. 55).

A relação jurídica em questão, portanto, seja qual data for levada em consideração, é regida pelas disposições do Código Civil de 1916.

E, nesse passo, é certo que havia vedação do Código Civil em epígrafe quanto a cessão de direitos hereditários, consoante consta na sentença recorrida. A vedação se dava pela interpretação do disposto no artigo 1.580, do referido *codex*, que estipulava ser indivisível a universalidade representada pela herança, quando aquela se referisse a mais de um herdeiro, nos seguintes termos:

Art. 1.580. Sendo chamadas simultaneamente, a uma herança, várias pessoas, será indivisível o seu direito, quanto a posse e ao domínio, até se ultimar a partilha.

Assim, como não restou demonstrado que o inventário tinha se ultimado em 16.12.1988, data da cessão de direitos hereditários, mesmo diante do fato de a sentença que homologou o esboço de partilha ter sido proferida em 26.03.1985, a cessão de direitos não pode como não poderia produzir efeitos em relação à massa indivisa de bens, cuja partilha só se perfectibiliza com o trânsito em julgado da sentença homologatória do respectivo esboço, o que não se comprovou nos autos.

É de bom alvitre concluir-se, pelo contido nos autos, que em 16.12.1988 a sentença homologatória em questão ainda não tinha transitado em julgado. Isso porque, se já houvesse sido verificado tal trânsito, não haveria necessidade de o ora apelante fazer referência, no documento de f. 7-9, a cessão de direitos relativos a bem constante em Inventário. Nem haveria necessidade de postular a pretensão no juízo de sucessões. Bastaria fazer referência ao bem individualizado, que já seria de propriedade de Maria da Conceição Anastácio se o inventário já tivesse sido finalizado ao tempo da assinatura da avença.

Anoto, ainda, que como não havia ocorrido o trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha ao tempo da avença; e se fosse o caso de ser cabível a cessão de direitos hereditários, não por permissivo legal (como já visto), mas com base em construção doutrinária e jurisprudencial, o fato é que no

contrato da referida cessão deveria haver a anuência dos demais herdeiros constantes no esboço de partilha de f. 52-53. A razão para tanto é porque a construção doutrinária em questão se utilizava das disposições relativas aos bens em condomínio, sendo que há prescrição normativa, constante no artigo 1.139, do Código Civil de 1916, que regulava o direito de preferência da coisa comum enquanto indivisa, mesmo condição dos herdeiros enquanto não ultimado o Inventário no qual se processa a herança. Convém a transcrição do referido dispositivo legal:

Art. 1.139. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, se o requerer no prazo de seis meses.

Em igual sentido é o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria debatida nos autos:

DIREITO CIVIL – CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – CONDOMÍNIO – INDIVISIBILIDADE – DIREITO DE PREFERÊNCIA DOS CO-HERDEIROS – ART. 1139 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 504 DO CC EM VIGOR).

1. “Os co-herdeiros, antes de ultimada a partilha, exercem a com propriedade sobre os bens que integram o acervo hereditário ‘pro-indiviso’, sendo exigível, daquele que pretenda ceder ou alhear seu(s) quinhão(ões), conferir aos demais oportunidade para o exercício de preferência na aquisição, nos moldes do que preceitua o art. 1139, CC” (REsp n. 50.226/BA).

2. O art. 1.139 do Código Civil de 1916 (art. 504 do CC em vigor) não faz nenhuma distinção entre indivisibilidade real e jurídica para efeito de assegurar o direito de preferência ali especificado. Interpretação em sintonia com a norma do art. 633 do mesmo diploma legal, segundo a qual “nenhum condômino pode, sem prévio consenso dos outros, dar posse, uso, ou gozo da propriedade a estranhos” (art. 633).

3. Ao prescrever, do modo taxativo, a indivisibilidade da herança, assim o fez o legislador por divisar a necessidade de proteção de interesses específicos da universalidade ali estabelecida, certamente não menos relevantes do que os aspectos de ordem meramente prática que poderiam inviabilizar a divisão física do patrimônio.

4. Recurso Especial provido. (STJ. REsp nº 550.940/MG. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento: 20.08.2009).

Dessa feita, também por essa razão, o pedido de origem não se mostra adequado, nem passível de ser conhecido em sede de pedido adjudicatório em Inventário.

Por outro lado, se hipoteticamente se fosse considerar como ultimada a partilha ao tempo do ajuste, como pretende o apelante em seus memoriais, o fato é que a transmissão da propriedade do bem em epígrafe não se poderia efetuar por mera determinação judicial de adjudicação de patrimônio em Inventário, posto que incabível, pois, na referida hipótese, o bem não mais faria parte da universalidade representada pela herança objeto do referido Inventário. Nesse caso, além de a ação ser diversa, ojuízo de sucessões também seria incompetente, haja vista que, hipoteticamente (repito) não se trataria mais de direitos sucessórios, mas sim de direitos sobre bem já adjudicado ao herdeiro por ocasião da homologação do esboço de partilha.

A questão, então, de qualquer forma, deve ser resolvida em ação própria (de cunho declaratório que supra a assinatura em possível escritura de compra e venda, por exemplo) e no Juízo competente

(possivelmente o cível residual), e não por meio de pedido adjudicatório em juízo de sucessões, do que decorre a manutenção da sentença recorrida e o desprovimento do recurso.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por espólio de Sydneis dos Santos para o fim de rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida em seus termos.

Sem honorários recursais, posto que não houve condenação em honorários na origem.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Marco André), após o relator afastar a preliminar e negar provimento ao recurso. O 1º vogal se reserva.

VOTO (EM 25/09/2018)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2º vogal)

Cuida-se de apelação contra sentença proferida em ação de adjudicação compulsória ajuizada pelo espólio de Sydneis dos Santos e sua esposa, Maria Luiza Serrou dos Santos, com lastro em instrumento particular de cessão de direitos hereditários assinado em 16/12/1988 – objeto de formal de partilha homologado por sentença em 26/03/1985, visando a adjudicação de terreno, objeto da matrícula nº 3.645 do 1º Ofício desta Capital, oriunda da quota existente nos Autos do Inventário nº 309/83 em face de Maria da Conceição Anastácio, firmado em 16/12/1988.

O processo foi apensado aos autos do processo de inventário dos bens deixados por Vitalina Maria de Jesus (f. 10), falecida em 17/11/1938 (f. 35), cuja inventariante era Maria da Conceição Anastácio (f. 36).

A sentença recorrida, concluiu pela carência de ação dos autores, por falta de interesse de agir, porque:

“(...) a transferência do bem da herança por meio de cessão de direitos padece de vício insanável, não se prestando como meio hábil a permitir a adjudicação através de simples alvará judicial (...) considerando que o ato de cessão de direitos hereditários não produziu efeitos e que ocorreu a disponibilidade integral da quota da herdeira com a conclusão da partilha e a consequente transferência da propriedade, o pedido adjudicatório não pode ser deferido por esta via procedimental”. (f. 91).

Inconformados, os autores interpuseram o presente recurso, no qual alegaram, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ausência de prévia intimação das partes acerca da fundamentação exposta pelo juízo *a quo* e, no mérito, protestaram pela reforma do *decisum* com a procedência do pedido.

Primeiramente, em contrapartida ao alegado pelos apelantes, não há falar em nulidade da sentença, por ofensa ao contraditório, por não ter sido evidenciado o chamado julgamento surpresa a ensejar a nulidade do *decisum* recorrido.

O art. 10 do Código de Processo Civil abriga carga principiológica que, consoante entendimento de Nelson Nery Junior¹, “veda a chamada decisão surpresa, a qual se baseia em fatos ou circunstâncias que não eram de conhecimento da parte prejudicada pela mesma decisão”, decorrente logicamente do princípio do contraditório.

1 JUNIOR, Nelson Nery. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 221-222.

Entretanto, no caso em exame, ainda que não tenham os litigantes se manifestado acerca da falta de interesse de agir constatada pelo juízo *a quo* em manifestações pretéritas à prolação da sentença recorrida, não restou evidenciado o chamado julgamento surpresa a ensejar a nulidade do *decisum* vergastado.

Note-se que a questão atinente à insubsistência do documento que embasa a pretensão autoral foi objeto de debate nos autos, tanto que os próprios autores defendem o cabimento do pedido com lastro no formal de partilha e no instrumento particular firmado entre as partes.

Portanto, a despeito do esforço argumentativo da parte recorrente, não se verifica violação ao apontado princípio da não surpresa.

Nessa ordem de idéias, importa observar os ensinamentos de Nelson Nery Junior:

Decisão surpresa. ENFAM 6: “Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.”

O que a CF, em seu art. 5º e o CPC, no art. 9º, garantem à parte é a discussão, sob contraditório, não só dos documentos e das provas, mas, principalmente, dos argumentos de direito.

Por outro lado, sobre a matéria controvertida, tem-se que a adjudicação compulsória, como ação pessoal que tem como objeto imediato a modificação de estado jurídico preexistente mediante sentença que estabelecerá a obrigação de outorgar a escritura definitiva do imóvel.

Por meio da adjudicação compulsória se atinge sentença em que a vontade não manifestada voluntariamente é expressa pelo órgão jurisdicional, suprindo-se, assim, um descumprimento de obrigação de prestar declaração de vontade.

Com efeito, na hipótese dos autos, ao contrário do alegado pela apelante o instrumento particular de cessão de direitos hereditários, firmados em data posterior à partilha não tem o condão de respaldar o pleito autoral dirigido ao juízo das sucessões.

No caso concreto, há um contrato de cessão de direitos sobre o bem imóvel e o integral pagamento do preço, sendo que paira dúvida quanto à eventual omissão dos titulares do domínio à outorga da escritura definitiva.

Primeiramente, pelo princípio da *saisine*, no momento do óbito de Nelson Toloi, pai do co-réu Nelson Toloi Júnior, este, conjuntamente com os demais herdeiros, já se tornou proprietário dos bens de titularidade do *de cujus*. Tal princípio encontra-se disposto expressamente no art. 1.572 do Código Civil de 1916: “*Aberta a sucessão o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”.

Diante desse fato, os autores adquiriram, através de instrumento particular acostado às f. 7-9, os direitos hereditários de Maria da Conceição Anastácio sobre uma área de terras, com 1.873,33 metros quadrados, nesta Capital, objeto do inventário nº 309/83, que tramitou perante a 7ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, MS.

Desta forma, a presente demanda não é o meio adequado para que a titularidade do domínio seja obtida, pois a cessão de direitos hereditários por instrumento particular de direitos fora outorgado quando o bem já havia sido objeto de partilha.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL – PROMESSA DE COMPRA E VENDA E CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – IMÓVEL – PRETENSÃO À OUTORGA DE ESCRITURA PÚBLICA OU À ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. Área objeto da promessa de compra e venda. Existência de gravame de inalienabilidade. Consequente inviabilidade jurídica da pretensão de outorga de escritura pública ou de adjudicação da área. Área objeto da cessão de direitos hereditários. Negócio que padece de nulidade, porquanto realizado por instrumento particular, sendo a escritura pública da substância do ato. Consequente inviabilidade jurídica da pretensão do autor. Usufruto. O cancelamento do usufruto incidente sobre a área de titularidade dos réus é providência que independe de autorização judicial, podendo ser promovida no serviço extrajudicial, mediante a apresentação da certidão de óbito do usufrutuário e o recolhimento dos respectivos emolumentos. Multa diária. Redução do montante arbitrado. Reforma da sentença no tópico. Apelação do autor desprovida. Apelação dos réus provida em parte. (Apelação Cível Nº 70060478385, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 07/05/2015)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – POSSE (BENS IMÓVEIS) – USUCAPIÃO – PRELIMINAR DE REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. Nos termos do art. 76 do CPC, verificada irregularidade da representação, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. Outrossim, consoante art. 274 do CPC, presumem-se válidas as intimações dirigidas à parte ao endereço constante dos autos. Na hipótese dos autos, da renúncia do procurador, houve intimação encaminhada ao endereço indicado pela parte, razão pela qual não há falar em nova oportunidade para regularização da representação processual. Preliminar rejeitada. Interesse de agir. Reputa-se o autor carecedor da ação por falta de interesse de agir quando a via processual utilizada for inadequada à pretensão formulada. Na hipótese dos autos, além de a proprietária registral do imóvel ser falecida, a posse da autora decorre de cessão e de doação de direitos hereditários firmada por instrumento particular e que beneficiavam seu falecido marido, de modo que inviável a imposição da adjudicação compulsória. Sentença desconstituída determinando-se o prosseguimento da ação de usucapião. Citação. Herdeiros. Aberta a sucessão, a herança transmite-se imediatamente aos herdeiros, nos termos do art. 1.784 do CC. No caso dos autos, a proprietária registral do imóvel objeto de usucapião é falecida, razão pela qual necessária a citação de seus herdeiros e dos herdeiros dos sucessores já falecidos. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº 70073001521, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 14/09/2017)

O contrato firmado entre as partes é particular e não atende o requisito legal. Logo, a pretensão de outorga de escritura pública, para fins de transferência da propriedade do proprietário registral, no caso já falecido, depende de registro dos formais, sendo inviável adjudicação ou outorga por sentença, suprimindo os atos de transferência da propriedade do *de cujus* por intermédio de uma herdeira, que assinou cessão de direito sobre imóvel individualizado por instrumento particular.

Impõe-se consignar que conquanto o Código Civil de 1916 não trouxesse norma específica acerca da cessão de herança, tal e qual o art. 1.793 do Código Civil de 2002, a herança já possuía natureza de bem imóvel, consoante incidência do art. 44 do Código Civil de 1916.

Logo, aplica-se ao caso o art. 134 do Código Civil de 1916, o qual fixa a essencialidade do instrumento público ao negócio translativo de direito real sobre imóveis.

Não fosse o meio inábil para tal, verifica-se que a ausência de interesse dos demandantes.

Conforme lição doutrinária de Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, volume I, 47. ed., 2007, p. 67):

(...) "interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial. Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. E preciso sempre "que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto" (...) Falta interesse, em tal situação, "porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção arguida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação".

Como bem consignou o juízo sentenciante, *"considerando que o ato de cessão de direitos hereditários não produziu efeitos e que ocorreu a disponibilidade integral da quota da herdeira com a conclusão da partilha e a consequente transferência da propriedade, o pedido adjudicatório não pode ser deferido por esta via procedimental"* (f. 91).

Em verdade, aos apelantes incumbe postular pelo reconhecimento do domínio pela prescrição aquisitiva, diante do tempo da posse sobre o bem imóvel.

Assim, conclui-se que o entendimento exposto pelo juízo de primeira instância e confirmado pelo i. Relator, Des. Nélio Stábile, deve ser mantido.

Logo, acompanho o e. Relator, Des. Nélio Stábile, para negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0805352-71.2016.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Nélío Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – APELAÇÃO DA CONTRIBUINTE – ICMS – DIFERIMENTO DE ICMS/DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – MÉRITO – QUESTÃO RELATIVA À DECADÊNCIA – NO CASO DE FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO, TEM-SE QUE O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO OPERA-SE DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE FISCAL, E O INÍCIO DO PRAZO DECADENCIAL SEGUE A DINÂMICA DISPOSTA NO ARTIGO 173, I, DO CTN – A EXISTÊNCIA DE ACORDO ENTRE AS PARTES PARA ISENÇÃO DE IMPOSTO NÃO A EXIME DE CUMPRIMENTO INTEGRAL E ESTRITO DOS TERMOS DO ACORDO – SEGURO-GARANTIA NÃO É SUFICIENTE PARA SUSPENSÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – APELAÇÃO DO FISCO ESTADUAL – ICMS – DIFERIMENTO DE ICMS/DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL – A MULTA NÃO É TIDA COMO SENDO CONFISCATÓRIA SE NÃO ULTRAPASSA O VALOR DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO DEVIDO – OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS LEGAIS E TAMBÉM DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – PRECEDENTES DO STJ E DO STF NESSE SENTIDO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar, negar provimento ao recurso de Projetos Especiais e dar provimento ao recurso do Estado, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

Des. Nélío Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélío Stábile.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Projetos Especiais e Investimentos Ltda. e Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença proferida pelo juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos de ação ordinária, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para o fim de manter hígido o ALIM impugnado, apenas limitando o valor da penalidade (multa) em 30% (trinta por cento) do valor do tributo.

A apelante Projetos Especiais e Investimentos Ltda. argui, primeiramente, a preliminar de cerceamento de defesa, haja vista que manifestou, em impugnação à contestação, interesse na produção de prova documental suplementar e pericial, justificando que as provas requeridas seriam importantes para comprovar, de maneira irretorquível, o benefício (diferimento do ICMS – diferencial de alíquota) da

empresa ao recolhimento do ICMS, tornando nulo o ALIM em debate. No mérito, alega, nos termos do artigo 173, I, do CTN, ter havido a decadência do direito do fisco estadual em inscrever o crédito tributário, uma vez que o fato gerador do ICMS deu-se em janeiro de 2008, pelo que o Estado só teria até março de 2013 para buscar o respectivo crédito tributário; como o lançamento deu-se somente em dezembro de 2013, foi extemporâneo, do que decorre a ocorrência da decadência. Pondera, ainda, que o Auto de Lançamento e de Imposição de Multa (ALIM) em destaque foi lavrado tendo por fundamento o não recolhimento de ICMS correspondente a fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 2008. Como o lançamento do crédito só foi concretizado em 05.12.2013, torna-se claro que o Fisco decaiu de seu direito de se ressarcir dos créditos em discussão, consoante determina o artigo 150, § 4º, do CTN. Ressalta que, como decorreu prazo de 05 anos sem qualquer manifestação do fisco estadual quanto à homologação do crédito, tem-se como consequência não só a homologação tácita, mas também a extinção definitiva do próprio crédito tributário, em razão da decadência já mencionada.

Noutro ponto, afirma que o apelado e a empresa Fibria-MS Celulose Sul Mato Grossense Ltda. firmaram Termo de Acordo nº 960/2006, em que foram concedidos benefícios para a instalação do complexo industrial, destinado à fabricação de celulose, à empresa supracitada. Alega que os referidos benefícios fiscais foram estendidos à ora Recorrente, empresa responsável pela construção do empreendimento industrial da Fibria-MS, no Município de Três Lagoas. Aduz que consta, no acordo, dentre outros incentivos, o diferimento, mediante comunicação prévia ao fisco, do pagamento de ICMS relativo à diferença de alíquota interna e a interestadual, incidente nas aquisições, de outras unidades da Federação, de materiais de construção, para uso direto ou integração na obra de construção civil, sem similar disponível no mercado interno. Aduz que a empresa, com vistas ao cumprimento do acordo, efetuou o Comunicado/SAT nº 30/2007, de 22.03.2007 ao superintendente de administração tributária, sendo que, para validade do acordo, bastaria a emissão de um único comunicado para alertar sobre os termos do acordo, e não de um novo comunicado a cada operação da empresa. Afirma que, por fazer jus ao incentivo fiscal em questão, a autuação questionada não se mostra legítima. Refere que a multa aplicada, no percentual de 100% do tributo, é confiscatória, e deve ser integralmente afastada. Sustenta que a aceitação do seguro-garantia, pelo magistrado, deve ser entendida como suficiente para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o que justifica a reforma da sentença no ponto.

Em contrarrazões de f. 827-852, o ente público requer, primeiramente, o desentranhamento dos documentos de f. 777-800, posto não se tratarem de documentos novos, e estarem à disposição da recorrente desde o início da lide. Noutro ponto, rechaça a preliminar de cerceamento de defesa arguida pela apelante. No mérito, pugna pelo desprovimento do recurso, ante a inexistência de decadência do crédito tributário e da legitimidade da imposição da penalidade.

Já o apelante Estado de Mato Grosso do Sul também requer a reforma da sentença, para que seja afastada a redução de valor da multa imposta, e mantida aquela no percentual de 100% do tributo, posto que é este o valor previsto em lei para a hipótese dos autos. Assevera que a sentença, mantida como proferida, incentiva a judicialização, gera insegurança jurídica e desvirtua a sanção pecuniária. Requer, ainda, a alteração dos ônus sucumbenciais, para que apenas a recorrida arque com tais ônus.

A recorrida, em contrarrazões de f. 821-824, pugna pelo desprovimento do apelo do fisco estadual.

VOTO

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (Relator)

Como há apelação de ambas partes, hei por bem analisá-las separadamente, para melhor análise das questões aduzidas.

Antes, porém, convém analisar o requerimento contido nas contrarrazões do ente público, que pugnou pelo desentranhamento dos documentos de f. 777-800, posto não se tratarem de documentos novos, e estarem à disposição da recorrente desde o início da lide.

Posto não se tratar de documentos novos, realmente não deveriam constar nos autos, pois só foram juntados por ocasião da interposição da apelação aviada pela contribuinte.

Todavia, por questões de celeridade e economia processual, entendo que os documentos podem permanecer nos autos, muito embora não possam ser utilizados para eventual provimento do recurso da parte a quem aproveitam, haja vista a manifesta preclusão do direito daquela em juntar os referidos documentos em data oportuna.

Da apelação de Projetos Especiais e Investimentos Ltda.:

Da preliminar de cerceamento de defesa:

Primeiramente, a apelante Projetos Especiais e Investimentos Ltda. argui, a preliminar de cerceamento de defesa, haja vista que manifestou, em impugnação à contestação, interesse na produção de prova documental suplementar e pericial, justificando que as provas requeridas seriam importantes para comprovar, de maneira irretorquível, o benefício (diferimento do ICMS – diferencial de alíquota) da empresa ao recolhimento do ICMS, tornando nulo o ALIM em debate.

Referida preliminar não merece prosperar.

Isso porque, em sendo o caso de processo em que a prova é eminentemente documental, a parte já deveria ter trazido aos autos os documentos com que pretendia demonstrar seu direito já no início da lide, nos termos do que determina o artigo 373, I, do Código de Processo Civil. Ressalto, ainda, que não há qualquer pedido de exibição de documentos que porventura estivesse de posse da parte adversa. Pela natureza documental da prova a ser produzida na lide, também não vislumbro a necessidade de produção de qualquer prova pericial.

Assim, agiu acertadamente o juízo *a quo* ao decidir pela desnecessidade de produção de novas provas além daquelas já constantes nos autos, posto que inúteis ou desnecessárias, conforme determina o artigo 370, parágrafo único, do CPC. No mesmo sentido:

EMENTA – SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA – PEDIDO DE REFORMA DE SENTENÇA ALEGANDO EXCLUSIVAMENTE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – VÍCIO INEXISTENTE – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL – MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO EXAME PERICIAL QUE ATESTOU LESÃO NEUROLÓGICA DE NATUREZA LEVE – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O juiz é o destinatário das provas e, conforme disposição do parágrafo único, do art. 370, do Código de Processo Civil, cabe a ele a instrução do processo e, em razão dessa função, o indeferimento de diligências inúteis, desnecessárias ou meramente protelatórias. Desta feita, entendendo o magistrado, de forma justificada, pela suficiência dos elementos contidos nos autos, perfeitamente possível o indeferimento do pedido de realização de nova perícia, ou de complementação da já existente, não havendo falar em cerceamento de defesa. Embora o juiz não esteja adstrito ao laudo pericial, para não aceitar os seus termos, por força do sistema da persuasão racional, deve apresentar razões técnicas para refutá-lo. Assim, não demonstrada, de forma objetiva, a existência de vício no laudo pericial, que chegou a conclusão de que a parte autora possuiu lesão permanente que

conduz a invalidez parcial por lesão neurológica central, de natureza leve, que equivale ao grau de 25% (vinte e cinco por cento), isto após exame físico realizado na perícia, mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido autoral por ter o valor pago na via administrativa sido mais do que o suficiente para o pagamento da indenização securitária. (TJMS. Apelação nº 0811984-39.2017.8.12.0002. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento: 20.09.2018).

Dessa forma, afasto a preliminar de cerceamento de defesa arguida.

Do mérito recursal:

No mérito, em análise da apelação interposta por Projetos Especiais e Investimentos Ltda., concluo que ao recurso da contribuinte deve ser negado provimento.

Primeiro, porque não há se falar em decadência do crédito tributário objeto da ação anulatória originária, uma vez que, por se tratar de hipótese de ausência de recolhimento de ICMS, o lançamento deve se operar de ofício pela autoridade tributante, e não por homologação, incidindo, portanto, a regra do artigo 149, do Código Tributário Nacional, com a forma de contagem estabelecida no artigo 173, I, do mesmo *codex*.

No caso dos autos, a apelante foi autuada, por via do ALIM nº 26.563, datado de 05.12.2013, por ter adquirido, em outra unidade da federação, no período compreendido entre janeiro a novembro de 2008, mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo fixo, e por não ter procedido ao recolhimento do tributo devido. A notificação da autuação deu-se em 09.12.2013, sendo que, no recurso administrativo apresentado, o ALIM foi validado pela autoridade fiscal.

Portanto, como o tributo em questão não foi recolhido, e não se trata de hipótese de pagamento parcial de imposto, o lançamento por homologação não se aperfeiçoou, o que enseja o lançamento de ofício consoante o artigo 149, do CTN. De tal assertiva, conclui-se que o fato gerador ocorreu com o vencimento da obrigação no período de janeiro a novembro de 2008, que, nos termos do artigo 173, I, do CTN, teve como prazo inicial o mês de janeiro de 2009, e como término o dia 31.12.2013, Tendo em vista que a atuação data de 05.12.2013, não há se falar, portanto, em ocorrência de decadência do crédito tributário.

No mesmo sentido ao acima esposado é o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LEGITIMIDADE – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282 E 356 DO STF – DECADÊNCIA – ART. 173, I, DO CTN – NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. As matérias referentes aos dispositivos tidos por contrariados não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado, consoante o que preceituam as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 973.733/SP, pela sistemática do art. 543-C do CPC/1973 e Resolução STJ nº 8/2008, firmou a compreensão de que o prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação rege-se pelo disposto no art. 173, I, do CTN quando não ocorre o pagamento antecipado da exação.

3. O Tribunal de origem, soberano na análise das provas, afirmou que não transcorreu o quinquênio legal a ensejar a decadência do direito de constituir o crédito

tributário na espécie. Isso porque o ICMS em questão não fora recolhido, sendo aplicável, portanto, o disposto no art. 173, I, do CTN, e não o art. 150, § 4º, do mesmo diploma.

4. Para afastar o entendimento a que chegou a Corte a quo, de modo a albergar as peculiaridades do caso e se houve pagamento a menor, como sustentado neste recurso especial, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

5. O óbice estampado na Súmula 7 do STJ impede igualmente a análise do apelo nobre com base na alínea “c” do permissivo constitucional - v.g., AgInt no AREsp 977.035/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 27/4/2017 e AgRg no AREsp 561.706/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 14/2/2017.

6. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ. AgInt no REsp nº 1.247.517/RS. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Julgamento: 21.03.2018).

Noutro ponto, a apelante afirma que o spelado e a empresa Fibria-MS Celulose Sul Mato Grossense Ltda. firmaram Termo de Acordo nº 960/2006, em que foram concedidos benefícios para a instalação do complexo industrial, destinado à fabricação de celulose, à empresa supracitada. Alega que os referidos benefícios fiscais foram estendidos à ora recorrente, empresa responsável pela construção do empreendimento industrial da Fibria-MS, no Município de Três Lagoas. Aduz que consta, no acordo, dentre outros incentivos, o diferimento, mediante comunicação prévia ao fisco, do pagamento de ICMS relativo à diferença de alíquota interna e a interestadual, incidente nas aquisições, de outras unidades da Federação, de materiais de construção, para uso direto ou integração na obra de construção civil, sem similar disponível no mercado interno. Aduz que a empresa, com vistas ao cumprimento do acordo, efetuou o Comunicado/SAT nº 30/2007, de 22.03.2007 ao superintendente de administração tributária, sendo que, para validade do acordo, bastaria a emissão de um único comunicado para alertar sobre os termos do acordo, e não de um novo comunicado a cada operação da empresa.

Mais uma vez sem razão a recorrente.

Muito embora seja mesmo o caso de extensão de isenção concedida à Fibria-MS à ora apelante, conforme aduzido pela empresa e relatado acima, o fato é que o Termo de Acordo nº 960/2006 estabeleceu obrigação acessória à contribuinte, consistente no dever de efetuar comunicado ao fisco com vistas ao cumprimento do referido acordo. E, obviamente, o comunicado deveria ser emitido em relação a cada uma das operações realizadas pela empresa neste Estado, e não apenas uma única vez, como asseverado pela recorrente.

A cláusula sexta, incisos II e III, do acordo em comento, estabelece:

Cláusula sexta. Compromete-se também o Estado a conceder à empresa Poyry Empreendimentos Industriais S/A, inscrita no CNPJ/MF sob nº 08.318.365/0001-70, contratada para a construção dos prédios destinados ao funcionamento do empreendimento industrial e a montagem das respectivas instalações, bem como às empresas por esta subcontratas, para essa finalidade, os seguintes benefícios fiscais, em relação às operações decorrentes dessas obras:

(...)

II- diferimento, mediante comunicação prévia ao Superintendente de Administração Tributária, do pagamento do ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna vigente neste estado, e a alíquota interestadual vigente na unidade federativa de origem, incidente nas transferências ou nas aquisições em outras unidades da federação, de máquinas e

equipamentos, materiais mecânicos, elétricos e de instrumentação que serão incorporados ao ativo imobilizado, bem como de peças e sobressalentes necessárias às suas montagem e início de suas operações, destinados e vinculados ao processo industrial, para o momento em que a chamflora vier a promover a sua alienação ou a saída interestadual;

III - diferimento, mediante comunicação prévia ao Superintendente de Administração Tributária, do pagamento do ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna vigente neste estado, e a alíquota interestadual vigente na unidade federativa de origem, incidente nas aquisições, em outras unidades da federação, de materiais de construção para uso direto ou integração na obra de construção civil, sem similar disponível no mercado interno deste Estado, para o momento em que ocorrer a chamflora vier a promover a sua alienação ou a saída interestadual, devendo a chamflora manter um controle interno, de forma a comprovar a utilização dos materiais na construção de suas instalações, para apresentação ao fisco quando for solicitado;

Com vistas a dar cumprimento aos termos do acordo, o Estado de Mato Grosso do Sul, pelo Comunicado/SAT nº 30/2007, de 22.03.2007 (f. 297-300), por meio de seu superintendente de administração tributária, comunicou à Coordenadoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito a concessão do benefício de diferimento de recolhimento de ICMS. Porém, no corpo do referido comunicado, e em consonância com o estabelecido no acordo entre as partes, o superintendente lista, como obrigações da ora recorrente, dentre outras, as seguintes:

II – a POYRY deve:

(...)

b) em relação às entradas oriundas de outras unidades da Federação, ocorridas sob o abrigo do diferimento do ICMS:

1 - manter controle interno, a ser apresentado à fiscalização, quando solicitado, para fins de verificação do atendimento das condições estabelecidas no Termo de Acordo para fruição do benefício, sobretudo quanto ao emprego dos materiais de construção;

2 - encaminhar à URF LESTE, até o dia dez de cada mês, relação das notas fiscais relativas às entradas do mês anterior, contendo, no mínimo, a data e o número da nota fiscal, o nome do estabelecimento remetente, instruída com cópias das correspondentes notas fiscais e, no caso dos materiais de construção, com os atestados comprobatórios da inexistência de similar no mercado interno do Estado;

c) cumprir todos os demais compromissos assumidos no termo de acordo no que concerne ao fornecimento de informação à unidade de controle de incentivos fiscais, à URF leste e à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário, da Produção e do Turismo, bem como prestar outras informações que vierem a ser solicitadas pelas referidas repartições;

Da leitura das disposições contratuais e do comunicado acima transcritas, é estreme de dúvida que a única conclusão possível é a de que a empresa deveria manter documentação de controle interno para fins de verificação do cumprimento dos termos de acordo e, ainda, encaminhar, à unidade de fiscalização, a relação de notas com os respectivos atestados comprobatórios da inexistência de produtos similares neste Estado, de cada uma das remessas de produtos que realizasse a este Estado.

Como não há, nos documentos juntados à inicial, comprovação do integral cumprimento das referidas disposições; e como se trata de isenção de tributo, cuja observância das obrigações principais e acessórias devem se verificar na integralidade (justamente por ser um benefício restrito), é o caso de incidência do

tributo e dever de recolhimento daquele em relação aos produtos constantes no ALIM objeto do feito, do que decorre o desprovimento do recurso também nessa parte.

A alegação de que o seguro-garantia bastaria para a suspensão da exigibilidade não merece guarida, nos termos em que fundamentado na sentença, uma vez que contrária ao decidido no REsp nº 1.156.668/DF, julgado pelo E. STJ pela sistemática dos recursos repetitivos. Assim, não merece guarida a pretensão da recorrente também nesse particular, do que decorre a manutenção da sentença nesse ponto.

Uma outra alegação da apelante é a de que a multa aplicada por ocasião da autuação não seria devida, dada a sua natureza confiscatória, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Ocorre que o ente estatal também questionou a redução da multa aplicada operada pela sentença, aduzindo não se tratar de penalidade confiscatória, razão pela qual hei por bem dirimir as duas questões num único item deste *decisum*, ao analisar o recurso aviado também pelo ente público, o que faço a seguir.

Da apelação de Estado de Mato Grosso do Sul:

O Estado de Mato Grosso do Sul requer a reforma da sentença, para que seja afastada a redução de valor da multa imposta, e mantida aquela no percentual de 100% do tributo, posto que é este o valor previsto em lei para a hipótese dos autos. Assevera que a sentença, mantida como proferida, incentiva a judicialização, gera insegurança jurídica e desvirtua a sanção pecuniária.

Por outro lado, a empresa Projetos Especiais e Investimentos Ltda., por ocasião da apresentação de seu recurso, assevera que a multa aplicada por ocasião da autuação não seria devida, dada a sua natureza confiscatória, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

O recurso do ente público merece provimento.

Isso porque a multa tributária imposta, em razão da falta de pagamento do ICMS, está em consonância com texto expresso da Lei Estadual nº 1.810/1997 que, em seu artigo 117, inciso I, alínea “g”, dispõe:

Art. 117. O descumprimento de obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes multas punitivas:

I – infrações relacionadas com o pagamento do imposto:

(...)

g) falta de pagamento do imposto correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, em decorrência de aquisição de mercadorias para integrar o ativo fixo ou para uso ou consumo do próprio estabelecimento ou de utilização de serviço de transporte dessas mercadorias – multa equivalente a 100% do valor do imposto devido;

O valor cobrado a título de multa é expresso, provém de texto expresso de lei que não foi declarado inconstitucional, e não apresenta caráter confiscatório, como dito pela empresa contribuinte.

Com efeito. A importância imposta pelo fisco estadual para o caso de ausência de pagamento do tributo devido não é desarrazoada ou desproporcional, haja vista que não ultrapassa o valor do próprio tributo a ser pago pelo contribuinte. Em igual sentido é o entendimento dominante neste e. Tribunal de Justiça:

EMENTA – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – RECURSO DO EMBARGANTE – PEDIDO DE NULIDADE DA CDA – AFASTADO – PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS CONSTANTES NO TÍTULO EXECUTIVO – RECURSO DO ESTADO DE

MATO GROSSO DO SUL – REDUÇÃO DA MULTA – EFEITO CARACTERIZADOR DE CONFISCO – VALOR DA MULTA EM 150% (CENTO E CINQUENTA POR CENTO) DO VALOR DO TRIBUTO – ACERTADA A SENTENÇA QUE REDUZIU AO LIMITE DE 100%(CEM POR CENTO) APLICABILIDADE DE PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES – MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA NO TOCANTE À DISTRIBUIÇÃO DA VERBA DE SUCUMBÊNCIA – EMBARGANTE QUE SUCUMBIU NA MAIOR PARTE – PROPORÇÃO DE 70% DE RESPONSABILIDADE DO EMBARGANTE E 30% DE RESPONSABILIDADE DO EMBARGADO – RECURSO DO DEVEDOR DESPROVIDO – RECURSO DO CREDOR PARCIALMENTE PROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO DO EMBARGANTE – IMPROVIDO.

1 – Na hipótese vertente o feito executivo está embasado na CDA n.º 257/2015, proveniente do auto de infração n.º 0026406-E em que a empresa realizou operações relativas à circulação de mercadorias tributadas nos anos de 2010 e 2011, e não recolheu o imposto devido de ICMS, contendo o enquadramento legal “Art. 61, caput, 90, I, da Lei n.º 1810/97”. (f. 16-18). Assim, analisando o título em comento, observa-se que há discriminação do número da CDA, do auto de infração e multa, cuja menção discriminada no título é suficiente para se declarar a perfeição formal da CDA.

2 – Como bem observado pelo magistrado não há mácula a ser reconhecida no título executivo para reformar a sentença conforme pretendido pela empresa apelante. Recurso do embargado – parcial provido.

3 – A multa consignada no título executivo em 150% (cento e cinquenta por cento) se revela desproporcional e ilegal com caracterização de confisco, por isso acertada a sentença que reduziu para o limite de 100%(cem por cento) sobre o valor do imposto devido, não havendo que modificar o julgado nesse aspecto.

4 – Distribuição da verba de sucumbência em 50% (cinquenta por cento) para cada parte deve ser reformada a sentença nessa questão, pois o embargante só logrou êxito na demanda referente à redução da multa, visto que na CDA constou a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) da dívida originária e foi reduzida para 100%(cem por cento) do tributo. 3 – atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, retificação da sentença para estabelecer a sucumbência na proporção de 70%(setenta por cento) sob a responsabilidade do embargante e 30%(trinta por cento) para o ente estatal, mantendo os honorários fixados em 10%(dez por cento) sobre o valor da causa. (TJMS. Apelação n.º 0800674-13.2016.8.12.0021. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Julgamento: 1º.10.2018).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – EMPRESA ATUANTE NO RAMO DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS – OBRIGATORIEDADE DE EXIGIR DO REMETENTE, NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS, O DESTAQUE DO ICMS À ALÍQUOTA INTERNA VIGENTE NA UNIDADE FEDERADA DO REMETENTE – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA AUTÔNOMA – TESE FIRMADA EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – MULTA CONFISCATÓRIA – VALOR ARBITRADO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF – ATÉ 100% DO VALOR DO TRIBUTO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1- Segundo entendimento do STJ, consolidado em sede de recurso representativo de controvérsia, “o ente federado competente para instituição de determinado tributo pode estabelecer deveres instrumentais a serem cumpridos até mesmo por não contribuintes, desde que constituam instrumento relevante para o pleno exercício do poder-dever fiscalizador da Administração Pública Tributária, assecuratório do interesse público na arrecadação.”(REsp 1116792/PB)

2- Ainda que a empresa autora não seja contribuinte de ICMS, ela tem o dever de observar a obrigação acessória instituída pelo ente fiscal, a fim de possibilitar que o fisco estadual controle e fiscalize as atividades exercidas pela empresa de construção.

3- O valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100% (cem por cento). Precedente do STF. (TJMS. Apelação nº 0840992-69.2014.8.12.0001. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento: 29.05.2018).

Dessa feita, é o caso de reforma da sentença, uma vez que, declarado hígido o ALIM discutido nos autos, a manutenção da multa imposta nos termos legais é medida que se impõe.

O ente público requer, ainda, a alteração dos ônus sucumbenciais, para que apenas a recorrida arque com tais ônus.

O recurso merece provimento também nesse ponto, uma vez que, com a reforma da sentença, e em sendo sucumbente somente a empresa contribuinte, é esta quem deve arcar com todos os ônus processuais.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação aviado por Projetos Especiais e Investimentos Ltda. para o fim de negar-lhe provimento.

Por outro lado, conheço da apelação aviada por Estado de Mato Grosso do Sul para o fim de dar-lhe provimento, e, em reformando a sentença recorrida, restabelecer a multa tributária aplicada em sua integralidade, ou seja, no percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido. Consequentemente, em razão da improcedência total do pedido da parte adversa, é esta quem deve arcar com a integralidade dos ônus sucumbenciais.

Nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, fixo os honorários recursais em 2% do valor da causa, a ser pago aos procuradores do ente público, na forma em que determinada na sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, negaram provimento ao recurso de projetos especiais e deram provimento ao recurso do estado, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0834578-21.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANOS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DOS AUTORES – VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA EM *SITE* DE JORNAL LOCAL – ALEGAÇÃO DE OFENSA À HONRA E À IMAGEM DOS AUTORES – AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DA ALEGADA OFENSA – DIREITO À PROTEÇÃO À HONRA E À IMAGEM EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DE IMPRENSA E DIVULGAÇÃO DO PENSAMENTO – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE DEVEM SER PONDERADOS – EM HAVENDO MANIFESTAÇÃO DE OPINIÃO JORNALÍSTICA FUNDADA EM ÁUDIOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA EM INVESTIGAÇÃO POLICIAL, NÃO HÁ SE FALAR EM EXCESSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO DE OFENSA À ESFERA MORAL DOS AUTORES – FALTA DE NEXO CAUSAL – AUSÊNCIA DE DIREITO DE EXCLUSÃO DA NOTÍCIA E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANOS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DOS RECONVINTES – REQUERIMENTO DE INDENIZAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de novembro de 2018.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de apelações interpostas por Televisão Morena Ltda. e outro e J.P. Tolentino Filho ME e outro contra a sentença proferida pelo juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos de ação ordinária, que julgou improcedente o pedido inicial, que consistia em pedido de obrigação de fazer referente a exclusão de notícia veiculada pela Ré J.P. Tolentino Filho ME em seu *site* na *internet*, bem como no pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 50.000,00 pela veiculação da notícia em questão. A sentença também julgou improcedente o pedido reconvencional dos réus da ação principal, que

consistia no pagamento da importância de R\$ 10.000,00 a título de danos materiais, que seriam referentes aos honorários dos advogados que tiveram de contratar para apresentar a defesa na ação em epígrafe.

Os apelantes Televisão Morena Ltda. e outro pugnam pela reforma da sentença, para que o pedido contido na ação originária seja julgado procedente, ao argumento de que a notícia divulgada no sítio eletrônico da apelada, cujo *link* é “<http://www.jornaldacidadeonline.com.br/noticias/1183/o-flagra-no-reu-olartezombando-da-justica-e-combinando-encontro-com-ueze-zaharan-ouca-o-audio>”, é difamatória e caluniosa, haja vista que jamais foi provada pelos recorridos. Alegam que a sentença não faz a análise correta da reportagem, que seria nitidamente ofensiva à honra e imagem deles recorrentes, especialmente quando se afirma que o ex-prefeito Gilmar Olarte participaria de uma reunião para acertar o apoio dos apelantes em sua administração corrupta. Aduzem que a matéria faz menção a um suposto “acerto”, sem especificar de que natureza seria tal ajuste, sendo que isso sequer foi mencionado na gravação captada pelo GAECO em investigação que realizou. Asseveram que o objetivo da notícia é, sem qualquer prova e sem que a gravação do GAECO confirme a assertiva, demonstrar que os ora recorrentes foram cooptados de maneira ilícita pelo então Prefeito de Campo Grande com o intuito de blindar e apoiar a sua gestão por meio dos veículos de mídia que representam. Afirma que seria incontestável a ligação que a reportagem faz entre o apoio dos recorrentes à administração municipal em troca do recebimento de dinheiro público, ou seja, há de fato o cunho calunioso e difamatório no texto da matéria publicada na *internet*, especialmente quando se observa que não há qualquer elemento ou prova que ateste a informação em questão. Ponderam que os apelados extrapolaram todos os limites do seu direito de expressão e de imprensa livre. Pontuam que não se tratar de uma mera “interpretação do jornalista acerca do conteúdo das conversas interceptadas pela Polícia Federal”, mas sim de um ataque premeditado e infundado contra eles apelantes.

Já os apelantes J.P. Tolentino Filho ME e outro também pugnam pela reforma da sentença, para que o pedido reconvenicional seja julgado procedente, argumentando que o fato de o direito de ação ou de defesa ser constitucionalmente tutelado não torna a parte vencida imune à responsabilização pelos prejuízos causados à parte adversa. Aduzem que como os apelados tiveram seu pedido julgado improcedente, o que comprovaria que litigaram pelo que não era devido, surge o direito deles apelantes de verem seus prejuízos reparados, inclusive os gastos que tiveram para a contratação de advogados para se defenderem. Esclarecem que como os honorários convencionais são retirados do patrimônio da parte lesada, aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos com referidos honorários, razão pela qual o recurso deve ser provido. Alternativamente, caso este órgão julgador entenda que os valores despendidos por eles apelantes não são adequados, requer seja tomada por base os valores constantes na tabela de honorários da OAB para que o ressarcimento de valores pleiteado se efetive.

Em contrarrazões ambos apelantes pugnam pelo desprovimento do recurso da parte adversa (f. 186-191 e 192-199).

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Como há apelação de ambas partes, hei por bem analisá-las separadamente, para melhor análise das questões aduzidas.

Da apelação de Televisão Morena Ltda. e outro:

No mérito, os apelantes Televisão Morena Ltda. e outro pugnam pela reforma da sentença, para que o pedido contido na ação originária seja julgado procedente, ao argumento de que a notícia divulgada no sítio eletrônico da apelada, cujo *link* é “<http://www.jornaldacidadeonline.com.br/noticias/1183/o-flagra-no-reu-olartezombando-da-justica-e-combinando-encontro-com-ueze-zaharan-ouca-o-audio>”, é difamatória e caluniosa, haja vista que jamais foi provada pelos recorridos. Alegam que a sentença não faz a análise correta da reportagem, que seria nitidamente ofensiva à honra e imagem deles recorrentes, especialmente quando se afirma que o ex-prefeito Gilmar Olarte participaria de uma reunião para acertar o apoio dos apelantes em sua administração corrupta. Aduzem que a matéria faz menção a um suposto “acerto”, sem especificar de que natureza seria tal ajuste, sendo que isso sequer foi mencionado na gravação captada pelo GAECO em investigação que realizou. Asseveram que o objetivo da notícia é, sem qualquer prova e sem que a gravação do GAECO confirme a assertiva, demonstrar que os ora recorrentes foram cooptados de maneira ilícita pelo então Prefeito de Campo Grande com o intuito de blindar e apoiar a sua gestão por meio dos veículos de mídia que representam. Afirma que seria incontestável a ligação que a reportagem faz entre o apoio dos recorrentes à administração municipal em troca do recebimento de dinheiro público, ou seja, há de fato o cunho calunioso e difamatório no texto da matéria publicada na *internet*, especialmente quando se observa que não há qualquer elemento ou prova que ateste a informação em questão. Ponderam que os apelados extrapolaram todos os limites do seu direito de expressão e de imprensa livre. Pontuam que não se tratar de uma mera “interpretação do jornalista acerca do conteúdo das conversas interceptadas pela Polícia Federal”, mas sim de um ataque premeditado e infundado contra eles apelantes.

reu-olartezombando-da-justica-e-combinando-encontro-com-ueze-zaharan-ouca-o-audio”, é difamatória e caluniosa, haja vista que jamais foi provada pelos recorridos. Alegam que a sentença não faz a análise correta da reportagem, que seria nitidamente ofensiva à honra e imagem deles recorrentes, especialmente quando se afirma que o ex-prefeito Gilmar Olarte participaria de uma reunião para acertar o apoio dos apelantes em sua administração corrupta. Aduzem que a matéria faz menção a um suposto “acerto”, sem especificar de que natureza seria tal ajuste, sendo que isso sequer foi mencionado na gravação captada pelo GAECO em investigação que realizou. Asseveram que o objetivo da notícia é, sem qualquer prova e sem que a gravação do GAECO confirme a assertiva, demonstrar que os ora recorrentes foram cooptados de maneira ilícita pelo então Prefeito de Campo Grande com o intuito de blindar e apoiar a sua gestão por meio dos veículos de mídia que representam.

Por análise do contido nos autos, concluo que ao recurso de apelação deve ser negado provimento.

Isso porque não restou demonstrado, de forma nítida, o caráter injurioso da matéria ou a intenção de difamar ou caluniar por parte dos recorridos.

Com efeito. Analisando-se os autos, é possível aferir-se que, na matéria jornalística (f. 28) há apenas a narrativa dos fatos relativos a reuniões de um dos apelantes com o ex-Prefeito de Campo Grande na cidade de São Paulo, e também ligações telefônicas de funcionários e pessoas ligadas a ambos, conforme áudios oriundos de interceptações telefônicas levadas a efeito pelo GAECO, disponibilizados a f. 109-112, bem como a opinião jornalística sobre tais fatos.

A medida que visa à vedação ou exclusão de matéria jornalística deve ser analisada com a devida cautela, e deve se constituir em medida excepcional, sob pena de se caracterizar como censura e afronta ao direito constitucional de liberdade de expressão.

É verdade que o direito à honra e imagem das pessoas, erigido a direito fundamental pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, deve ser respeitado e observado por todos, mormente por aqueles que atuam na área de comunicação, justamente porque referido meio alcança um número maior de pessoas. Contudo, também há que se atentar para o fato de a própria Constituição, no mesmo artigo, em seu inciso IX, garante a liberdade de expressão da atividade intelectual e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Portanto, se está diante de valores fundamentais que devem ser ponderados, tendo em vista que as disposições constitucionais não podem ser tidas como conflitantes. E, nesse ponto, um direito fundamental deve se harmonizar ao outro, não se admitindo que o exercício de um aniquile o exercício de outro direito. Nessa medida é que, em não havendo prova cabal de efetiva ofensa à honra e imagem dos recorridos, não há se falar em retirada de matéria jornalística de *site* da *internet* e, muito menos, de condenação dos apelados no pagamento de indenização por alegados danos morais, sob pena de caracterização de censura à manifestação da atividade de comunicação e intelectual.

Observo que nem mesmo a opinião publicada pelo jornalista que veiculou a matéria jornalística, consubstanciada nos comentários aos fatos objeto da referida matéria (o que, por óbvio, extrapola a simples narrativa dos fatos), pode ser objeto de medida judicial que vise sua exclusão, salvo se comprovado e demonstrado, indubitavelmente, o dolo de ofensa à pessoa ou empresa objeto de matéria jornalística, o que não vislumbro na hipótese *sub judice*.

No mesmo sentido do que foi acima esposado é o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:

*DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AMEAÇA DE VIOLAÇÃO À HONRA
SUBJETIVA E À IMAGEM – MATERIAL DE CUNHO JORNALÍSTICO – TUTELA*

INIBITÓRIA – NÃO CABIMENTO – CENSURA PRÉVIA – RISCO DE O DANO MATERIALIZAR-SE VIA INTERNET – IRRELEVÂNCIA – DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: 5º, IV, V, X, XIII e XIV, E 220 DA CF/88; 461, §§ 5º E 6º, DO CPC; 84 DO CDC; E 12, 17 E 187 DO CC/02.

1. Ação ajuizada em 30.10.2010. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 31.05.2013, discutindo o cabimento da tutela inibitória para proteção de direitos da personalidade, especificamente diante da alegação de ameaça de ofensa à honra subjetiva em **matérias** de cunho jornalístico.

2. O deferimento da tutela inibitória, que procura impedir a violação do próprio direito material, exige cuidado redobrado, sendo imprescindível que se demonstre: (i) a presença de um risco concreto de ofensa do direito, evidenciando a existência de circunstâncias que apontem, com alto grau de segurança, para a provável prática futura, pelo réu, de ato antijurídico contra o autor; (ii) a certeza quanto à viabilidade de se exigir do réu o cumprimento específico da obrigação correlata ao direito, sob pena de se impor um dever impossível de ser alcançado; e (iii) que a concessão da tutela inibitória não irá causar na esfera jurídica do réu um dano excessivo.

3. A concessão de tutela inibitória para o fim de impor ao réu a obrigação de não ofender a honra subjetiva e a imagem do autor se mostra impossível, dada a sua subjetividade, impossibilitando a definição de parâmetros objetivos aptos a determinar os limites da conduta a ser observada. Na prática, estará se embargando o direito do réu de manifestar livremente o seu pensamento, impingindo-lhe um conflito interno sobre o que pode e o que não pode ser dito sobre o autor, uma espécie de autocensura que certamente o inibirá nas críticas e comentários que for tecer. Assim como a honra e a imagem, as liberdades de pensamento, criação, expressão e informação também constituem direitos de personalidade, previstos no art. 220 da CF/88.

4. A concessão de tutela inibitória em face de jornalista, para que cesse a postagem de **matérias** consideradas ofensivas, se mostra impossível, pois a crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não pode ser aprioristicamente censurada.

5. **Sopesados o risco de lesão ao patrimônio subjetivo individual do autor e a ameaça de censura à imprensa, o fiel da balança deve pender para o lado do direito à informação e à opinião.** Primeiro se deve assegurar o gozo do que o Pleno do STF, no julgamento da ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 06.11.2009, denominou sobredireitos de personalidade - assim entendidos como os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa, em que se traduz a livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação - para somente então se cobrar do titular dessas situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também formadores da personalidade humana.

6. **Mesmo que a repressão posterior não se mostre ideal para casos de ofensa moral, sendo incapaz de restabelecer por completo o status quo ante daquele que teve sua honra ou sua imagem achincalhada, na sistemática criada pela CF/88 prevalece a livre e plena circulação de ideias e notícias, assegurando-se, em contrapartida, o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis e penais que, mesmo atuando após o fato consumado, têm condição de inibir abusos no exercício da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento.**

7. Mesmo para casos extremos como o dos autos - em que há notícia de seguidos excessos no uso da liberdade de imprensa - a mitigação da regra que veda a **censura** prévia não se justifica. Nessas situações, cumpre ao Poder Judiciário agir com austeridade, assegurando o amplo direito de resposta e intensificando as indenizações caso a conduta

se reitere, conferindo ao julgado caráter didático, inclusive com vistas a desmotivar comportamentos futuros de igual jaez.

8. *A aplicação inflexível e rigorosa da lei também produz efeito preventivo - tal qual o buscado via tutela inibitória - desestimulando não apenas o próprio ofensor, mas também terceiros propensos a adotar igual conduta. Ademais, nada impede o Juiz de compensar os danos morais mediante fixação de sanções alternativas que se mostrem coercitivamente mais eficazes do que a mera indenização pecuniária. Em outras palavras, a punição severa do abuso à liberdade de imprensa - e ainda mais severa da recalcitrância - serve também para inibir lesões futuras a direitos da personalidade como a honra e a imagem, cumprindo, ainda que de forma indireta, os ditames do art. 12 do CC/02.*

9. *O fato de a violação à moral correr o risco de se materializar por intermédio da Internet não modifica as conclusões quanto à impossibilidade de prévia censura da imprensa. A rede mundial de computadores se encontra sujeita ao mesmo regime jurídico dos demais meios de comunicação.*

10. *O maior potencial lesivo das ofensas via Internet não pode ser usado como subterfúgio para imprimir restrições à livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, cuja natureza não se altera pelo fato de serem veiculadas digitalmente. Cumpre ao Poder Judiciário se adequar frente à nova realidade social, dando solução para essas novas demandas, assegurando que no exercício do direito de resposta se utilize o mesmo veículo (Internet), bem como que na fixação da indenização pelos danos morais causados, se leve em consideração esse maior potencial lesivo das ofensas lançadas no meio virtual. Para além disso, caso essas medidas se mostrem insuficientes, nada impede a imposição de sanções alternativas que, conforme as peculiaridades da espécie, tenham efeito coator e pedagógico mais eficientes do que a simples indenização.*

11. *Recurso especial a que se nega provimento.* (STJ. REsp nº 1.388.994/SP. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 19.09.2013). (grifei)

RECURSO ESPECIAL – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CONDENATÓRIA – PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA EM REVISTA – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS – INSURGÊNCIA DA RÉ – RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA – ABORDAGEM DA MATÉRIA INSERTA NOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO JORNALÍSTICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Hipótese: Trata-se de ação condenatória julgada procedente pelas instâncias ordinárias para condenar a requerida ao pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), a título de danos extrapatrimoniais experimentados pelo autor da demanda em razão de matéria jornalística publicada em revista.

(...)

4.2. *O mérito do recurso especial coloca em confronto a liberdade de imprensa (animus narrandi e criticandi) e os direitos da personalidade.*

4.2.1. *A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como o compromisso com a veracidade da informação. Contudo, tal limitação não exige prova inequívoca da verdade dos fatos objeto da reportagem. Esta Corte tem reconhecido*

uma margem tolerável de inexatidão na notícia, a fim de garantir a ampla liberdade de expressão jornalística. Precedentes.

4.2.2. Não se olvida, também, o fator limitador da liberdade de informação lastrado na preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Assim, a vedação está na veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar.

4.2.3. Da notícia veiculada, muito embora aluda a fatos graves, não se vislumbra outro ânimo que não o narrativo, visto que a reportagem se limita a afirmar que o recorrido estaria sendo “investigado” pelas condutas tipificadas como crime ali descritas, o que, efetivamente, não se distancia do dever de veracidade, porquanto incontroversa a existência de procedimento investigativo.

4.3. A forma que fora realizada a abordagem na matéria jornalística ora questionada está inserta nos limites da liberdade de expressão jornalística assegurada pela Constituição da República, a qual deve prevalecer quando em conflito com os direitos da personalidade, especialmente quando se trata de informações relativas à agente público.

*4.4. É sabido que quando se está diante de pessoas que ocupam cargos públicos, sobretudo aquelas que atuam como agentes do Estado, como é o caso dos autos, prevalece o entendimento de que há uma ampliação da liberdade de informação **jornalística** e, desse modo, uma adequação, dentro do razoável, daqueles direitos de personalidade.*

*4.5. Com efeito, se a notícia limitou-se a tecer comentários, ainda que críticos, atribuindo a fatos concretamente imputados, por terceira pessoa, estas identificadas e referidas como as autoras das informações divulgadas (animus narrandi/criticandi), inclusive ante episódios que renderam a instauração de procedimento de investigação, como é o caso dos autos, daí porque deve ser afastada a responsabilização civil da empresa que veiculou a **matéria**, por se tratar de exercício regular do direito de informar (liberdade de imprensa), bem como do acesso ao público destinatário da informação.*

5. Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido veiculado na demanda e afastar a multa imposta em sede de embargos de declaração (art. 538, parágrafo único, CPC). (STJ. REsp nº 738.793/PE. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 17.12.2015).

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA – CONTEÚDO OFENSIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA DE MODO REGULAR, SEM ABUSOS OU EXCESSOS – ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 186 e 927 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 14.09.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 03.10.2013.

2. Discussão relativa à potencialidade ofensiva de matéria publicada em revista de grande circulação, que aponta suposta conduta ilícita de deputado envolvido no esquema do “mensalão”, relacionada à remessa ilegal de dinheiro ao exterior, além da acusação de beneficiar empresa em contratos de empréstimos públicos.

3. Inviável o reconhecimento de violação ao art. 535 do CPC quando não verificada no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade apontadas pelos recorrentes.

4. *A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.*

5. *O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.*

6. *Na hipótese dos autos, as fontes da notícia eram fidedignas - depoimentos prestados por corretor de câmbio à Procuradoria Geral da República. Além disso, conforme consta do acórdão, procurou-se ouvir os recorrentes.*

7. *A diligência que se deve exigir da imprensa, de verificar a informação antes de divulgá-la, não pode chegar ao ponto de que notícias não possam ser veiculadas até que haja certeza plena e absoluta da sua veracidade. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial, no qual se exige cognição plena e exauriente acerca dos fatos analisados.*

8. *Não houve, por conseguinte, ilicitude na conduta dos recorridos, devendo ser mantida a improcedência do pedido de compensação por danos morais.*

9. *Recurso especial desprovido.* (STJ. REsp nº 1.414.887/DF. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. J.: 19.11.2013).

Ainda no mesmo sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PUBLICAÇÃO DE ARTIGO NA INTERNET – AFRONTA AO DIREITO DA PERSONALIDADE DO AUTOR NÃO CONFIGURADO – TEXTO COM FUNÇÃO INFORMATIVA – PRINCÍPIOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, LIVRE MANIFESTAÇÃO E ACESSO À INFORMAÇÃO – ACONTECIMENTOS OCORRIDOS NA ÉPOCA DA PUBLICAÇÃO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No caso concreto, a publicação do artigo pelo requerido pautou-se no interesse público e na liberdade de expressão, sem deturpação de fatos, atuando no exercício regular do direito à livre expressão, previsto nos artigos 5º, inciso IX, e 220, § 1º, ambos da CF/88. (TJMS. Apelação nº 0054412-19.2010.8.12.0001. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski. J.: 02.08.2018).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR CONTRARRECURSAL – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA – MÉRITO – OPERAÇÃO POLICIAL – REPORTAGEM TELEVISIVA – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – LIBERDADE DE IMPRENSA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS NÃO DEMONSTRADOS – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1- *Se o recorrente informa os fatos e fundamentos jurídicos de seu ataque à decisão, possibilitando, assim, a delimitação da atividade jurisdicional em segundo grau, requisito objetivo para recorrer, não há que se falar em afronta ao princípio da dialeticidade.*

2- *Matéria informativa noticiando ação policial referente à segurança pública, que buscava o responsável por um delito cometido, sem qualquer menção ao nome dos*

moradores da residência, cuja fachada foi mostrada na reportagem dentro do contexto da operação policial.

3- As reportagens veiculadas pela imprensa que não ultrapassem os limites de divulgação, da informação, da expressão de opinião e livre discussão dos fatos não atingem a honra da pessoa, não sendo passível de reparação de ordem moral. A caracterização da responsabilidade civil depende do reconhecimento do dano, do ato ilícito e do nexo causal entre ambos.

4- Não tendo a parte apelante logrado comprovar o fato constitutivo do direito alegado, ônus que lhe incumbia, a improcedência da ação é medida que se impõe (CPC, art. 373, I). (TJMS. Apelação nº 0062306-80.2009.8.12.0001. Órgão Julgador: Câmara Cível III – Mutirão. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. J.: 27.07.2017).

Dessa forma, ainda que a matéria jornalística possa ser desagradável aos apelantes, e possa conter palavras um pouco mais ásperas, não há evidências de que tenha havido o dolo de ofender ou atingir a esfera moral dos recorrentes. Ainda mais que tais palavras pautaram-se em áudios captados em investigação policial que estavam disponíveis ao público leitor no *link* da notícia, sendo, portanto, a opinião daquele que a escreveu, a conclusão a que chegou o jornalista responsável pela matéria, ainda que externada de forma um pouco dura, sobre os fatos dedutíveis pela audição dos referidos arquivos de áudios.

E, em não havendo o referido dolo de causar dano, não há se falar na ocorrência de tal dano, por não haver nexo causal suficiente para a caracterização do dever de indenizar dos apelados, do que decorre a improcedência da ação e o desprovimento deste recurso.

Não é demais anotar, também, que a prática de calúnia ou difamação é questão que deve ser apurada também na seara penal, eis que, em tese, se comprovadas, podem configurar conduta delituosa, em procedimento em que se admite, inclusive, a oposição de exceção da verdade. Muito embora seja cediço que o pedido indenizatório na esfera cível independe de ajuizamento de ação penal, é no mínimo curioso que os recorrentes não tenham demonstrado, nestes autos, que tenham procurado intentar a sobredita ação penal, o que seria compreensível e até esperado, se realmente houvesse meios de se comprovar o alegado dano à imagem ou à moral dos recorrentes.

Assim, é o caso de manutenção da sentença em seus termos, e consequente desprovimento deste apelo.

Da apelação de J.P. Tolentino Filho ME e outro:

Já os apelantes J.P. Tolentino Filho ME e outro também pugnam pela reforma da sentença, para que o pedido reconvencional seja julgado procedente, argumentando que o fato de o direito de ação ou de defesa ser constitucionalmente tutelado não torna a parte vencida imune à responsabilização pelos prejuízos causados à parte adversa. Aduzem que como os apelados tiveram seu pedido julgado improcedente, o que comprovaria que litigaram pelo que não era devido, surge o direito deles apelantes de verem seus prejuízos reparados, inclusive os gastos que tiveram para a contratação de advogados para se defenderem. Esclarecem que como os honorários convencionais são retirados do patrimônio da parte lesada, aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos com referidos honorários, razão pela qual o recurso deve ser provido.

A irresignação também não merece provimento.

É que a legislação processual já prevê condenação da parte vencida no pagamento de honorários advocatícios, denominados honorários sucumbenciais, e reguladas nos artigos 85 e seguintes úteis, do CPC. Tal condenação foi levada a efeito no dispositivo da sentença apelada (f. 160 dos autos).

Nova condenação no pagamento de honorários advocatícios pactuados entre mandante e procurador ocasionaria *bis in idem*, além de carecer de critérios objetivos para se estipular referida condenação, tendo em vista que a pactuação de valores entre cliente e advogados é livre, não se submetendo a critérios previamente estabelecidos. Ademais, para que determinado dano seja considerado passível de indenização, pressupõe-se a prática de ato ilícito, o que não ocorre quando o autor propõe alguma ação judicial e a parte ré resiste à demanda contra ela intentada. Condenar a parte vencida no pagamento também de honorários advocatícios contratuais, além da condenação já estabelecida a título de honorários sucumbenciais, além de contrariar os ditames da lei seria também negar aplicação aos princípios do acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, protegidos constitucionalmente e erigidos a Direitos Fundamentais pela Constituição da República de 1988.

No mesmo sentido do acima esposado é a jurisprudência dominante do e. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – RESSARCIMENTO – INADMISSIBILIDADE.

1. Os custos decorrentes da contratação de advogado para o ajuizamento de ação, por si só, não são indenizáveis, sob pena de atribuir ilicitude a qualquer pretensão questionada judicialmente. A atuação judicial na defesa de interesses das partes é inerente ao exercício regular de direitos constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e o amplo acesso à Justiça.

2. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AgRg no REsp nº 1.478.820/SP. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 12.04.2016).

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – MANUTENÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – PERÍODO EXÍGUO – VALOR FIXADO – RAZOABILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – RESTITUIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SUSPENSÃO EM RAZÃO DE PROCESSO REPETITIVO EM TRÂMITE NO STJ – DESNECESSIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite, excepcionalmente, em recurso especial, o reexame do valor fixado a título de danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que a verba indenizatória, consideradas as circunstâncias de fato da causa, foi estabelecida pela instância ordinária em conformidade com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

2. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.

3. A suspensão determinada pelo art. 543-C do CPC aos processos que cuidam de matéria repetitiva orienta-se às causas que ainda não ascenderam aos tribunais superiores.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no AREsp nº 810.591/SP. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento: 04.02.2016).

PROCESSO CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – HONORÁRIOS CONTRATUAIS – AÇÃO JUDICIAL – PRETENSÃO REGULARMENTE

RESISTIDA – RESSARCIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA – LICITUDE.

1. Debate-se na demanda a responsabilidade civil do INSS em ressarcir a parte que lhe moveu ação judicial para o pagamento de benefício previdenciário pelas despesas referentes aos honorários advocatícios contratuais, a título de perdas e danos.

2. A mera resistência à pretensão deduzida em juízo não é suficiente para caracterizar a conduta do réu como ato ilícito, ressalvadas, obviamente, situações excepcionais em que efetivamente constatado o abuso no exercício do direito.

3. Dessa feita, não se cogita de perdas e danos, nem de condenação da parte contrária ao ressarcimento dos honorários contratuais, pois a sucumbência sofrida no âmbito processual, via de regra, encontra-se regulada nos arts. 20 a 35 do CPC, não compreendendo, portanto, o ressarcimento das despesas com honorários contratuais. Precedentes: AgRg no AREsp 477.296/RS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 2/2/15. AgRg no AREsp 516.277/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 4/9/14. AgRg no REsp 1.229.482/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 23/11/12.

4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ. REsp nº 1.480.225/SP. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Julgamento: 25.08.2015).

Dessa feita, é o caso de desprovimento do recurso do reconvinte no feito originário. Corolário do desprovimento do requerimento principal aviado no recurso é o desprovimento também do pedido alternativo, posto que dependentes entre si.

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação aviados por Televisão Morena Ltda. e outro e J.P. Tolentino Filho ME e outro para o fim de negar-lhes provimento, e manter a sentença em seus termos.

Consequentemente, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, arbitro os honorários recursais no importe de 2% sobre valor atualizado da causa, que deverão ser acrescidos aos honorários fixados na origem e pagos em favor dos patronos de ambas partes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 6 de novembro de 2018.

4ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1408757-61.2018.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa**

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO COM DESPEJO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ACOLHIDA – EXONERAÇÃO DA FIADORA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO – ANUÊNCIA TÁCITA DO LOCADOR – IMPOSSIBILIDADE DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO – RECURSO DESPROVIDO.

Ausente o nexo de pertinência subjetiva entre o conflito trazido a juízo e a qualidade de demandado do banco para litigar a respeito, comporta manutenção a ilegitimidade passiva reconhecida na decisão agravada.

Considerando a notificação extrajudicial da fiadora a respeito da sua exoneração com base no art. 40, IV, da Lei nº 8.245/91, bem como a notificação do locador ao locatário exigindo nova garantia e o pedido judicial de despejo com base na ausência de fiança, configura comportamento contraditório a emenda à inicial para incluir a ex-fiadora no polo passivo do feito, principalmente após ultrapassado o lapso de 120 dias dos efeitos da garantia (art. 12, § 2º, da Lei nº 8.245/91).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de novembro de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Adriano de Souza Amaral interpôs agravo de instrumento em face da decisão proferida em 04.05.2018, por Maurício Petruski, Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de rescisão de contrato de locação com despejo proposta em desfavor de Gleber Eduardo Marchareth Espólio, acolheu preliminar de ilegitimidade passiva da requerida Glaucia Marchareth.

Em razões recursais (f. 1-11), alega que, ao contrário do que foi considerado pelo juiz de primeiro grau, jamais anuiu para a desoneração da segunda agravada, pois diligenciou para com o primeiro agravado, solicitando a substituição da garantia, tendo em vista a inviabilidade de aceitação da nova garantia oferecida pelo primeiro agravado e o transcurso de tempo decorrido entre as notificações, bem como em virtude do primeiro agravado ter deixado de honrar com o valor mensal da locação e, ainda, a ausência de garantia do contrato.

Destaca que pretende o recebimento dos alugueis atrasados, porém no momento da propositura, a segunda agravada não foi incluída no polo passivo, o que não pode ser considerado como anuência pela sua desoneração.

Sustenta que há jurisprudência predominante no sentido de que a exoneração de fiança em contrato por tempo determinado somente poderá ser obtida mediante sentença judicial.

Enfatiza a necessidade de reforma da decisão agravada, a fim de determinar a responsabilidade da segunda agravada até o termo final do contrato.

Requer:

“A) Seja recebido o presente agravo;

B) A intimação dos agravados para que querendo, apresente contraminuta no prazo legal;

C) No mérito, seja provido o presente recurso, reformando a decisão de primeiro grau, determinando a responsabilidade da segunda agravada até o termo final do contrato/ entrega das chaves do imóvel.

D) A juntada de preparo, conforme comprovante anexo.”

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 161).

Informações do juiz *a quo* à f. 165.

Contrarrazões (f. 166-175).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Adriano de Souza Amaral em face da decisão proferida em 04.05.2018, por juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de rescisão de contrato de locação com despejo proposta em desfavor de Gleber Eduardo Marchareth Espólio, acolheu preliminar de ilegitimidade passiva da requerida Glaucia Marchareth.

Confira-se o dispositivo da decisão de f. 132-135:

“(…)

Em nenhum momento no processo se pode observar indício de oposição do locador quanto à exoneração. Pelo contrário, consta que ele, tendo sido notificado por meio de sua procuradora (f. 13) no dia 19/01/2017, de imediato tratou de exigir do locatário “a substituição do fiador por outro idôneo e proprietário de imóveis quitados, seguindo as exigências iniciais de documentação para contrato de locação, sob pena de desfazimento da locação conforme termos do artigo 835, do Código Civil e artigo 40, X, da Lei 8245/91” (f. 14), tendo notificado o locatário já no dia 26/01/2017 (f. 14 e 15). No dia 02 de março daquele ano expediu notificação sobre a rescisão do contrato (f. 16), que foi recebida no dia 24 do mesmo mês e ano (f. 17).

Cabe ressaltar que são válidas, conforme pacífica Jurisprudência, as disposições contratuais relacionadas à permanência da garantia pelo tempo certo ajustado no contrato, bem como de renúncia a benefício de ordem, mas também é de ser reconhecido que a anuência tácita do locador quanto à exoneração, independentemente do fato de o contrato ainda estar vigendo por prazo certo, deve produzir seus respectivos efeitos, pois incutiu na garante a clara impressão de que estava desobrigada quanto àquele contrato.

Portanto, face ao princípio do “venire contra factum proprio”, e considerando o disposto no art. 40, X, da Lei nº 8.124/91, desde logo acolho, em parte, a alegação de ilegitimidade passiva da Requerida Glaucia Marchareth, delimitando a sua responsabilidade pelas dívidas e encargos da locação aos 120 (cento e vinte) dias posteriores à notificação de exoneração endereçada ao locador/requerente, ou seja, até a data de 19 de maio de 2017.

As eventuais obrigações de sucumbência decorrentes desta decisão serão analisadas posteriormente, por ocasião da sentença.”

Em razões recursais (f. 1-11), alega que, ao contrário do que foi considerado pelo juiz de primeiro grau, jamais anuiu para a desoneração da segunda agravada, pois diligenciou para com o primeiro agravado, solicitando a substituição da garantia, tendo em vista a inviabilidade de aceitação da nova garantia oferecida pelo primeiro agravado e o transcurso de tempo decorrido entre as notificações, bem como em virtude do primeiro agravado ter deixado de honrar com o valor mensal da locação e, ainda, a ausência de garantia do contrato.

Destaca que pretende o recebimento dos alugueis atrasados, porém no momento da propositura, a segunda agravada não foi incluída no polo passivo, o que não pode ser considerado como anuência pela sua desoneração.

Sustenta que há jurisprudência predominante no sentido de que a exoneração de fiança em contrato por tempo determinado somente poderá ser obtida mediante sentença judicial.

Enfatiza a necessidade de reforma da decisão agravada, a fim de determinar a responsabilidade da segunda agravada até o termo final do contrato.

Requer:

“A) Seja recebido o presente agravo;

B) A intimação dos Agravados para que querendo, apresente contraminuta no prazo legal;

C) No mérito, seja provido o presente recurso, reformando a decisão de primeiro grau, determinando a responsabilidade da segunda agravada até o termo final do contrato/ entrega das chaves do imóvel.

D) A juntada de preparo, conforme comprovante anexo.”

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 161).

Informações do juiz *a quo* à f. 165.

Contrarrazões (f. 166-175).

Relato dos fatos.

O agravante Adriano de Souza Amaral ajuizou ação de rescisão de contrato de locação com despejo em face de Gleber Eduardo Machareth, argumentando que notificou o requerido, em 19.01.2017, acerca

da exoneração da fiança prestada por Glaucia Machareth no contrato firmado entre as partes. Todavia, menciona que o inquilino quedou-se inerte na apresentação de nova garantia para o contrato. Por fim:

“Diante o exposto, é a presente ação de despejo, fundada na rescisão do contrato por descumprimento contratual, quanto a ausência de garantia locatícia, requerendo assim: a) Seja decretado, liminarmente, o despejo do requerido, para desocupação do imóvel no prazo de 15 dias, com base no inciso VII do art. 59 da Lei 12.112/2009, por se tratar de rescisão por descumprimento contratual. b) Requer-se ainda expedição do competente mandado de citação dos requeridos, VI A oficial de justiça, sendo que a requerente oferece condução para realização de tal ato, para que cumpram a decisão, e posteriormente respondam à ação, se quiserem.” Juntou documentos de f. 18-28.

O autor emendou a inicial (f. 55-60), para retificar o polo passivo do feito, para que conste o espólio de Gleber Eduardo Machareth (representado por Lígia Freitas) e Glaucia Machareth.

Sobreveio a decisão de f. 61:

“I - Diante da informação do falecimento de Gleber Eduardo Marchareth, promova o Cartório a substituição do polo passivo da lide, para constar espólio de Gleber Eduardo Marchareth, representado pela inventariante Glaucia Marchareth.

Ainda, considerando o requerimento do autor e os termos do contrato de locação de f. 08-12, defiro a inclusão da pessoa física de Glaucia Marchareth, no polo passivo da lide, na condição de fiadora do contrato.

II - Indefiro, por ora, o pedido de liminar de despejo, em face dos fundamentos contidos no item II, do despacho de f. 24, que ora ratifico. Demais disso, anoto que o contrato de locação conta com a garantia da fiança (art. 37, II, da Lei 8.245/91).

III - Citem-se os requeridos, por mandado, no endereço declinado a f. 44, para que apresente resposta aos termos do pedido, no prazo de quinze (15) dias, observando-se que o prazo de defesa passará a fluir da audiência de conciliação, que designo para o dia 30 de novembro de 2.017, às 15:30 horas, em sala de audiências de deste juízo, sob pena de revelia (art. 344 do CPC). Os Requeridos deverão ser cientificados ainda das advertências e faculdades contidas nos §§ 8º a 10º, do art. 334 do CPC. Atente o Sr. oficial de justiça para as hipóteses do art. 252 do CPC, a fim de dar efetividade ao ato.”

Na certidão de citação e intimação de f. 77, a requerida Glaucia Machareth informou que não é inventariante do espólio de Gleber Eduardo Machareth.

Em audiência de tentativa de acordo (f. 83-84), foi pleiteada a exclusão da requerida Glaucia Machareth do polo passivo do feito, uma vez que seria fiadora pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias. Porém, não houve composição das partes.

A requerida Lígia Freitas apresentou contestação à f. 85-92.

A requerida Glaucia Machareth ofertou contestação (f. 107-115), arguindo prejudicial de ausência de ilegitimidade passiva. No mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos.

Sobreveio a decisão ora recorrida, que acolheu preliminar de ilegitimidade passiva da requerida Glaucia Marchareth.

Da ilegitimidade passiva.

No que se refere às condições da ação, o atual CPC (Lei nº 13.105, de 16.03.2015) não faz mais referência a possibilidade jurídica do pedido, mantendo a exigência de demonstração de interesse e legitimidade.

Confira-se:

“Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Inexistindo o interesse ou legitimidade para postular em juízo, a consequência prevista pelo CPC/2015 será o juiz prolatar sentença em que não será resolvido o mérito.

Veja-se:

“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

§ 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

§ 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

§ 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.

§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se”.

Sobre a legitimidade, Daniel Amorim Assumpção Neves expõe¹:

“Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (legitimatio ad causam) é a pertinência subjetiva da demanda, ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda”.

Na hipótese, constata-se que Glaucia Marchareth foi fiadora do contrato de locação firmado entre o autor-agravante Adriano de Souza Amaral e o espólio de Gleber Eduardo Marchareth, até 19.01.2017, quando a fiadora notificou o locador-autor acerca da sua exoneração (f. 24).

Em razão disso, o locador-autor notificou o locatário Gleber Eduardo para substituir o fiador (f. 25), em 24.01.2017.

Na inicial, o locador-agravante pugnou o despejo justamente pelo fato de o contrato não estar dotado de garantia, pois, notificado o inquilino-locatário, este permaneceu inerte quanto ao pedido de substituição de fiador, com base no art. 40, IV², da Lei nº 8.245/91.

Assim, o locador-agravante, pleiteou a desocupação do imóvel, no prazo de 15 (quinze) dias, com base no inciso VII³, do art. 59, também da Lei nº 8.245/91.

Desse modo, considerando que a causa de pedir do despejo é a falta de garantia do contrato de locação, não poderia o autor-agravante incluir a fiadora Glaucia Marchareth no polo passivo do feito, visto o evidente comportamento contraditório do autor-agravante, que, na inicial, inseriu apenas o falecido Gleber Eduardo Marchareth no polo passivo do feito (f. 12-17) e, posteriormente, preferiu emendar a inicial (f. 55-60) para incluir a fiadora (exonerada), no polo passivo da ação.

E nem há falar-se em aplicação da “garantia estendida” prevista no art. 12, § 2º⁴, da Lei nº 8.245/91, notadamente que o autor-agravante anuiu à exoneração pleiteada pela fiadora, bem como pleiteou a inclusão desta somente em 27.09.2017, quando já ultrapassado o lapso temporal de 120 dias.

Assim, não comporta reforma a decisão agravada.

Nesse sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – FIADOR – DEVEDOR SOLIDÁRIO – NOTIFICAÇÃO ENVIADA À IMOBILIÁRIA – CONTRANOTIFICAÇÃO ENVIADA PELO PROPRIETÁRIO COM A RESSALVA DE QUE A FIANÇA AINDA PERSISTIRIA PELO PERÍODO DE 120 DIAS – RESPONSABILIDADE DO FIADOR AFASTADA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 76.

2 Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos:

IV - exoneração do fiador;

3 Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§ 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

VII – o término do prazo notificador previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato; (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

4 Art. 12.

§ 2º O fiador poderá exonerar-se das suas responsabilidades no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação oferecida pelo sub-rogado, ficando responsável pelos efeitos da fiança durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009) *destaquei

– *APELO NÃO PROVIDO. O fiador deixa de ser responsável pelo compromisso assumido pela locatária como fiador no contrato de locação, desde que encaminhe notificação ao credor. Recurso não provido.* (TJMS. Apelação nº 0840639-63.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 10/10/2017, p: 16/10/2017)

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento interposto por Adriano de Souza Amaral.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 14 de novembro de 2018.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0839992-34.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MÉRITO – PLANO DE SAÚDE NA MODALIDADE DE AUTOGESTÃO – INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – AUMENTO DO VALOR DA MENSALIDADE DO PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA IDADE – IDOSO – ABUSIVIDADE NÃO RECONHECIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.” (Súmula nº 608/STJ)

O Estatuto do Idoso veda a discriminação do usuário com mais de 60 anos de idade por meio da cobrança de valores diferenciados. Para que se reconheça a abusividade do valor da mensalidade, é necessária a comprovação de que o aumento implementado para o idoso visa forçar a sua saída do plano de saúde.

De acordo com a Resolução Normativa nº 63/2003 e com a Resolução CONSU nº 6/98, “o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária”. Não há abusividade no aumento do valor da mensalidade do plano de saúde se o aumento da última faixa etária é superior a 2,76 o valor da primeira faixa etária.

A Lei nº 9.656/98 permite a variação do valor da mensalidade para os contratos com menos de dez anos ao prever que “a variação do valor na contraprestação pecuniária não poderá atingir o usuário com mais de 60 anos de idade que participa de um plano ou seguro há mais de dez anos”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Matilde Lopes da Silva interpôs apelação em face da sentença proferida em 17.06.2017, por Alexandre Corrêa Leite, Juiz da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação declaratória de nulidade c/c repetição de indébito e indenização por danos morais com pedido de antecipação de tutela ajuizada em desfavor de Geap - Autogestão em Saúde, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 996-1014), pugna o recebimento do recurso no efeito suspensivo, uma vez que é idosa (94 anos de idade), enferma, acamada e com gastos exorbitantes que não são cobertos pela pensão por morte recebida em quantia um pouco superior a R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Aponta que “*não dispõe de recursos financeiros suficientes para custear seu plano de saúde, a aquisição de dieta enteral e as fraldas geriátricas necessárias para sua saúde, qualidade de vida e subsistência*”.

No mérito, destaca a incidência do CDC aos contratos de plano de saúde, com base na Súmula nº 469/STJ, ainda que se trate de entidade de autogestão, sem fins lucrativos.

Ressalta que é devida a inversão do ônus da prova, com base no CDC.

Enfatiza que:

“(...) ficou claro que a partir de janeiro de 2009, a apelada aumentou a mensalidade de maneira exorbitante chegando a 300%, ou seja, de R\$ 42,00 para R\$ 175,19, com a justificativa de que seria necessário novo enquadramento na forma de custeio aos beneficiários. Ocorre que, dessa forma, a apelada, sem pensar nas consequências, violou descaradamente princípios basilares do direito como o da boa-fé contratual, razoabilidade e proporcionalidade, desrespeitando a apelante na condição de consumidora.”

Menciona que há entendimento no STJ, no sentido de estabelecer contribuição de custeio aos planos de saúde em razão da faixa etária, sem que violação ao Estatuto do Idoso, com estrita boa-fé objetiva e equidade.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença recorrida.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 1051-1070), pugnando o desprovimento do recurso.

Em parecer (1118-1124), o representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, para reduzir o valor da contribuição do plano de saúde GEAP, sem voltar para o valor cobrado inicialmente (R\$ 42,00), bem como para que sejam ressarcidos os valores pagos indevidamente.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Matilde Lopes da Silva em face da sentença proferida em 17.06.2017, por Juiz da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação declaratória de nulidade c/c repetição de indébito e indenização por danos morais com pedido de antecipação de tutela ajuizada em desfavor de Geap - Autogestão Em Saúde, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 975-993:

“Isso posto, resolvendo o mérito da demanda na forma do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgo improcedentes os pedidos e, por consequência, revogo a tutela de urgência concedida às f. 647-648. Diante da sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios que arbitro em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo

Civil. A cobrança das verbas de sucumbência fica condicionada, entretanto, à hipótese do art. 98, § 3º, do CPC, eis que a autora é beneficiária da gratuidade da justiça.

Em razões recursais (f. 996-1014), pugna o recebimento do recurso no efeito suspensivo, uma vez que é idosa (94 anos de idade), enferma, acamada e com gastos exorbitantes que não são cobertos pela pensão por morte recebida em quantia um pouco superior a R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Aponta que “*não dispõe de recursos financeiros suficientes para custear seu plano de saúde, a aquisição de dieta enteral e as fraldas geriátricas necessárias para sua saúde, qualidade de vida e subsistência*”.

No mérito, destaca a incidência do CDC aos contratos de plano de saúde, com base na Súmula nº 469/STJ, ainda que se trate de entidade de autogestão, sem fins lucrativos.

Ressalta que é devida a inversão do ônus da prova, com base no CDC.

Enfatiza que:

“(...) ficou claro que a partir de janeiro de 2009, a apelada aumentou a mensalidade de maneira exorbitante chegando a 300%, ou seja, de R\$ 42,00 para R\$ 175,19, com a justificativa de que seria necessário novo enquadramento na forma de custeio aos beneficiários. Ocorre que, dessa forma, a apelada, sem pensar nas consequências, violou descaradamente princípios basilares do direito como o da boa-fé contratual, razoabilidade e proporcionalidade, desrespeitando a apelante na condição de consumidora.”

Menciona que há entendimento no STJ, no sentido de estabelecer contribuição de custeio aos planos de saúde em razão da faixa etária, sem que violação ao Estatuto do Idoso, com estrita boa-fé objetiva e equidade.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença recorrida.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 1051-1070), pugnando o desprovimento do recurso.

Em parecer (f. 1118-1124), o representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, para reduzir o valor da contribuição do plano de saúde GEAP, sem voltar para o valor cobrado inicialmente (R\$ 42,00), bem como para que sejam ressarcidos os valores pagos indevidamente.

Relato dos fatos.

Trata-se de ação declaratória de nulidade c/c repetição de indébito e indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada ajuizada por Matilde Lopes da Silva, representada por sua curadora Rosângela Damiani, em face de GEAP – Fundação de Seguridade Social, esclarecendo que: a) é integrante do plano de saúde da requerida desde 2001, mas em janeiro de 2009 foi surpreendida quando houve um aumento exorbitante em sua mensalidade, que passou de R\$ 42,00 (quarenta e dois reais), para R\$ 175,19 (cento e setenta e cinco reais e dezenove centavos); b) solicitou informações sobre o aumento, tendo a requerida esclarecido que até o ano de 2008, as contribuições mensais eram feitas com base em um percentual da remuneração dos participantes, mas que a partir de janeiro de 2009, seu Conselho Deliberativo decidiu alterar a metodologia de custeio, que passou a ser por faixa etária, porém, de acordo com a autora, tal metodologia é vedada pelo Estatuto do Idoso, pelo CDC e pelas regras da ANS; c) não bastasse isso, houve aumento anual do valor da mensalidade de forma expressiva, a qual chegou, no ano do ajuizamento da ação (2014), ao patamar de R\$ 585,12 (quinhentos e oitenta e cinco reais e doze centavos), acarretando-lhe prejuízos irreparáveis, uma vez que ganha pouco mais de um salário mínimo por mês e passa por

muitos problemas de saúde. Sustentou a inversão do ônus da prova com base no CDC, a nulidade dos aumentos abusivos com base no mesmo Código e no Estatuto do Idoso, uma vez que a requerida rompeu o equilíbrio contratual e violou a boa-fé objetiva. Defendeu a presença dos requisitos da tutela antecipada e a necessidade de ser ressarcida em dobro pelos valores que pagou a maior, os quais totalizariam o montante de R\$ 28.337,15 (vinte e oito mil, trezentos e trinta e sete reais e quinze centavos), devidamente atualizado até a época do ajuizamento da ação. Argumentou, ainda, que a conduta da requerida causou-lhe danos morais. Requereu a concessão de tutela antecipada para que a mensalidade do plano fosse reduzida para R\$ 66,45 (sessenta e seis reais e quarenta e cinco centavos) durante o curso do processo, quantia essa que entendia correta. Pugnou pela prioridade na tramitação processual, a concessão da justiça gratuita e a inversão do ônus da prova. Requereu, por fim, a declaração de nulidade dos aumentos abusivos mencionados e das cláusulas que autorizem a cobrança das mensalidades por faixa etária, bem como a condenação da requerida à restituição em dobro do que pagou a mais, o que alcançaria o valor de R\$ 56.674,43 (cinquenta e seis mil, seiscentos e setenta e quatro reais e quarenta e três centavos), bem como a indenizar-lhe pelos danos morais sofridos, que quantificou no valor equivalente a setenta salários mínimos. Pleiteou, ainda, pela condenação da requerida ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

A gratuidade da justiça foi deferida (f. 642) e a tutela de urgência concedida (f. 647-648), para que a autora fosse autorizada a pagar as mensalidades calculadas com base em sua remuneração, como era antes.

A requerida interpôs Agravo de Instrumento (nº 1404529-48.2015.8.12.0000) em face da decisão, o qual foi negado provimento.

Citada, a requerida apresentou contestação (f. 724-764), arguindo, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento de ações coletivas em andamento, nas quais se discute a mesma matéria, bem como a impossibilidade jurídica do pedido por “perda do objeto”, haja vista que a resolução da requerida, mencionada pela autora na inicial, não está mais em vigor. No mérito, sustentou a legalidade da nova forma de custeio adotada, uma vez que necessária para a preservação da associação ré, uma vez que o modo anterior não cobria mais as despesas dos planos. Aduziu que os planos coletivos como os da requerida, não estão sujeitos aos reajustes estipulados pela ANS para os planos individuais, mas sim à livre negociação entre a fundação e seus órgãos patrocinadores. Acresceu que foi dado conhecimento prévio da mudança aos associados. Discorreu sobre sua natureza jurídica de entidade de autogestão. Asseverou que não existe necessidade de autorização da ANS para adequação do custeio nos planos coletivos, bastando que a referida agência reguladora seja informada das alterações. Destacou que a mudança atendeu a exigências atuariais, técnico-jurídicas e regulamentares. Defendeu sobre o funcionamento do seu conselho administrativo, na forma de autogestão, bem como que conforme recomendação da ANS e de auditoria contratada, havia necessidade da transformação na forma do custeio, que se baseava apenas em preço fixo, com base na remuneração percebida pelo associado, sob pena de insolvência da requerida. Sublinhou que sua carteira de associados é prioritariamente de idosos, de modo que os gastos eram superiores às receitas. Reiterou a sua condição de insolvência anterior e disse que foi feita avaliação atuarial para definir os custos dos planos, constatando-se a existência de déficit histórico. Afirmou que agiu de boa-fé e reprisou que os associados tiveram conhecimento prévio de todas as modificações ocorridas. Apresentou tabela dos valores por ela praticadas e gráfico de comparação com outras empresas de planos de saúde. Acresceu que respeita os percentuais de variação entre as faixas etárias, sendo o preço da última apenas 3,4 vezes o da primeira. Transcreveu julgados sobre a matéria que lhe beneficiam. Argumentou que inexistente o dano moral pleiteado. Requereu a extinção do feito sem resolução de mérito em face da preliminar suscitada ou, se assim não for, a improcedência dos pedidos.

Impugnação (f. 880-889).

Determinada a especificação de provas, a autora requereu o julgamento antecipado da lide (f. 891-892) e a requerida permaneceu inerte (f. 893).

Em parecer de f. 905-918, o Ministério Público Estadual manifestou-se pela rejeição das preliminares e procedência dos pedidos.

Atendendo à determinação do juízo, a requerida apresentou outros documentos (f. 932-971), sobre os quais manifestou-se a autora à f. 973-974.

Sobreveio a sentença de improcedência dos pedidos (f. 975-993).

Da inaplicabilidade do CDC.

Por primeiro, insta salientar que se cuida de contrato de plano de saúde, de modo que, com base na Súmula nº 469 do STJ, incidiriam as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Confira-se:

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”
(Súmula 469, Segunda Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010)

Todavia, a recente Súmula 608 do STJ, de 11.04.2018, prevê a inaplicabilidade do CDC aos contratos de plano de saúde administrados por entidades de autogestão:

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.”

Conforme o Estatuto (f. 711) da requerida GEAP, constata-se que a mesma atua na modalidade autogestão, razão pela qual, inaplicável do CDC.

Confira-se:

“Art. 1º. A GEAP Autogestão em Saúde, nova denominação da GEAP Fundação de Seguridade Social, registrada sob CNPJ nº 03.658.432/0001-82, é uma Fundação com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada juridicamente como operadora de plano de saúde, na modalidade de autogestão multipatrocinada, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira.” (Destaquei)

Nesse sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – MODALIDADE DE AUTOGESTÃO – INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SÚMULA 608 DO STJ – CONTRATAÇÃO BÁSICA – NEGATIVA DE COBERTURA PARA CIRURGIA DE NEUROESTIMULAÇÃO MEDULAR – ALEGAÇÃO DE RESTRIÇÃO CONTRATUAL E NÃO INCLUSÃO DENTRE AS OBRIGATORIEDADES DO ROL DA ANS – INADMISSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE COBERTURA PARA A DOENÇA – INSUCESSO DOS TRATAMENTOS ANTERIORES – DANO MORAL CONFIGURADO NA ESPÉCIE – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - Nos termos da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. II - Tratando-se de contratação de plano de saúde básico de entidade de autogestão, a cobertura se limita aos procedimentos previstos no próprio contrato e àqueles integrantes do plano de referência, especificados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. III - O plano de saúde pode excluir da cobertura determinada doença, mas, uma vez relacionada no contrato, não poderá se negar a oferecer tratamento, ainda mais tratando-se de

*procedimento constante no rol de coberturas obrigatórias da Agência Reguladora. IV - O descumprimento de obrigação contratual consistente em permitir o acesso da beneficiária ao tratamento adequado, pode gerar danos materiais e morais, dependendo do interesse juridicamente protegido do ofendido. Dito isso, é razoável entender que a ausência de autorização gerou sofrimento extra e substancial à apelada, prática essa que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia da beneficiária do plano, que já se encontra em condição de dor e de abalo psicológico em razão de sua saúde encontrar-se debilitada. V - Considerando que na indenização por dano moral devem ser sopesados o grau de lesividade e a repercussão do dano, o valor fixado na sentença se mostra justo e adequado para compensar os infortúnios suportados pela apelada, sem implicar em enriquecimento sem causa. (TJMS. Apelação nº 0815302-04.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 19/09/2018, p: 21/09/2018) *Destaquei*

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – OPERADORA DE PLANO FECHADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DO TIPO AUTOGESTÃO (GEAP) – RELAÇÃO NÃO CONSUMERISTA – RECURSO ESPECIAL Nº 1285483/PB – PACIENTE PORTADOR DE PRIAPISMO – NEGATIVA DE COBERTURA EM ATENDIMENTO DE URGÊNCIA – ILEGALIDADE – IMPRESCINDIBILIDADE DO TRATAMENTO PARA A PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DO PACIENTE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO À RÉ CASSEMS – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO ADEQUADAMENTE FIXADO EM R\$ 10.000,00 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS. De acordo com o entendimento firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1285483/PB, “não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo”. Deve ser mantida a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a GEAP e CASSEMS, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da negativa de cobertura em atendimento de urgência. A recusa indevida à cobertura médica enseja reparação a título de dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado. A determinação da quantia devida a título de danos morais, diante da ausência de critérios objetivos, está vinculada ao arbítrio do juiz e deve ater-se aos prejuízos morais sofridos pela vítima, obedecendo aos pressupostos essenciais para a sua fixação, nos termos já pacificados pela jurisprudência. (TJMS. Apelação nº 0833349-60.2014.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 26/06/2018, p: 29/06/2018) *Destaquei

Assim, inaplicável o CDC à hipótese dos autos. Contudo, a questão pode ser analisada com base na legislação civil, no princípio constitucional da isonomia e no Estatuto do Idoso.

- Do reajuste do plano de saúde.

Conforme a orientação da Agência Nacional de Saúde, se o plano de saúde:

“(...) foi contratado antes do dia 2 de janeiro de 1999 e não foi adaptado à Lei nº 9.656/98, que regulamenta o setor de planos de saúde, isso quer dizer que ele é do grupo dos chamados ‘planos antigos’. Nestes casos, os reajustes devem seguir o que estiver escrito no contrato, ou seja, as regras previstas pela lei não podem ser aplicadas”¹.

¹ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-precos-de-planos-de-saude>. Acesso em 04.12.2015.

O entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, é de que é possível o reajuste do valor da mensalidade do plano de saúde cobrado dos idosos, porquanto nesta faixa etária, os gastos com saúde são maiores.

Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ CONSOLIDADA EM RECURSO REPETITIVO. 1. A Segunda Seção desta Corte, em julgamento submetido ao regime dos recursos repetitivos, firmou a seguinte tese: “o reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso”. “No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS”. (REsp 1568244/RJ, 2ª Seção, Rel. Minº Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 19/12/2016). 2. O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma. 3. Agravo conhecido. Recurso especial não provido”. (STJ; AgInt no REsp nº 950.577/MS; Rel. Min. Nancy Andrighi; DJe 16.02.2017).

“PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – EFEITO INFRINGENTE – PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL.

1. Tendo em conta o teor manifestamente infringente dos embargos de declaração, e em atenção aos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual, aconselha-se que o recurso seja recebido como agravo regimental. Precedentes.

2. O acórdão recorrido está alinhado a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça segundo a qual “A previsão de reajuste de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso por si só não representa cláusula abusiva, devendo-se aferir, em cada caso, a compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade” (AgRg no AREsp 567.512, RJ, relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 10.06.2015).

3. Se o acórdão recorrido não vislumbrou nenhuma ilegalidade no estabelecimento de faixas etárias para cobrança das mensalidades, o seu (eventual) reconhecimento nesta instância especial exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, bem como das cláusulas contratuais, inviável no âmbito do recurso especial, ante a incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento”. (EDcl no REsp 1348527/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – ART. 273 DO CPC – REQUISITOS – ATENDIMENTO – SÚMULA 7/STJ – PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE DE 92%, POR MUDANÇA DA FAIXA ETÁRIA – ART. 15 DA LEI 9.656/98 – FUNDAMENTAÇÃO NÃO IMPUGNADA – SÚMULA 283/STF – REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal local, deferindo o pedido de consignação dos valores referentes às mensalidades do plano de saúde, entendeu estarem presentes os requisitos autorizadores para antecipação da tutela pretendida, existindo o perigo de irreversibilidade, com base nos documentos acostados à inicial e na situação fática envolvendo a controvérsia. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. A Segunda Seção consagra orientação de que “a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto”. Entende, outrossim, que não pode, contudo, haver abuso, devendo o percentual de aumento ser adequado e razoável, e justificado atuarialmente, em razão da inserção do consumidor em nova faixa de risco. Precedentes.

3. A ausência de impugnação direta, inequívoca e efetiva ao fundamento do acórdão recorrido, que, por si só, é suficiente para a manutenção do acórdão, atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283/STF.

4. Agravo regimental não provido”. (AgRg no AREsp 705.022/PA, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 13/10/2015)

É certo que o Estatuto do Idoso veda a discriminação nos planos de saúde, por meio da cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Confira-se:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. (...)

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Entretanto, para o reconhecimento da abusividade, é necessária a comprovação de que os reajustes visam forçar a saída do consumidor do plano de saúde.

Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL – INSURGÊNCIA DA SEGURADA. (...)

2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade.

2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do

elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual.

2.3. Consequentemente, a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp 866.840/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011. (...) (REsp 1280211/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 23/04/2014, DJe 04/09/2014)

Não houve demonstração da dita abusividade, pois o aumento em razão da faixa etária não ultrapassou os parâmetros delineados na Resolução nº 6/98/CONSU e da Resolução Normativa nº 63/2003. Tais normas preveem, acerca dos reajustes, que:

Tema XXIV - Faixas Etárias

A) Neste tema devem ser dispostas as variações de faixas etárias, se houver, de acordo com as regras da RN 63/03:

I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;

II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;

IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;

V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;

VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;

VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;

VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;

IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;

X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Os percentuais de variação de faixa etária deverão seguir as seguintes regras:

- o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

- a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária.

Conforme o documento de f. 46-48, referente ao reajuste de 2012, 2013 e 2014, constata-se que nos três anos, a mensalidade da requerente, nascida em 04.04.1924, portanto, com mais de 59 anos de idade, ficou abaixo de 1/6 do valor da primeira faixa etária.

Veja-se que em 2012, o valor da primeira faixa etária era de R\$ 65,00 e o valor para acima de 59 anos era R\$ 266,00, bem como que, em 2013, o inicial era de R\$ 63,80 e o último era de R\$ 297,73. Por fim, em 2014, o valor da primeira faixa etária era de R\$ 89,21 e para aqueles acima de 59 anos, o valor de R\$ 446,06. Logo, não ultrapassou o limite de seis vezes do valor da primeira faixa etária.

Assim, utilizando-se referida norma como parâmetro para a aferição dos reajustes, repita-se, autorizados, pelo contrato, conclui-se que a variação dos valores das mensalidades não é abusivo, porque muito abaixo do limite máximo de variação, de seis vezes, previsto na Resolução nº 6/98/CONSU e na Resolução Normativa nº 63/2003.

Além disso, demonstrado pela própria requerente as cláusulas que previam a forma de contribuição da mensalidade (f. 49):

“2. Em outubro/2008 foi procedida a Avaliação Atuarial dos Planos, onde foram definidos os valores per capita suficientes para fazer frente às despesas assistenciais e às definições acerca das Resoluções Normativas n.ºs 137, 148 e 160 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, para o exercício 2009, submetendo os resultados encontrados no estudo atuarial à deliberação do Conselho Deliberativo desta Fundação.

3. Destacamos nesse ponto, que até o ano de 2008 a contribuição do titular dos planos correspondia a um percentual sobre a remuneração, independentemente da idade do beneficiário e da quantidade de dependentes inscritas no plano, sendo que tal valor era limitado por pisos e tetos de contribuição, ou seja, eram estabelecidos limites mínimo e máximo do valor da contribuição, que cobria todo o núcleo familiar básico (titular + dependentes), independentemente do valor encontrado.

4. O formato do custeio trazia uma série de incoerências no que diz respeito aos vários contribuintes, pois uns contribuía com valores bastante expressivos e outros com valores ínfimos para o plano, trazendo, assim, uma distorção dentro do grupo de beneficiários vinculados aos produtos.

5. Diante dos estudos atuariais feitos e da necessidade de atualização dos valores de contribuição, bem como da análise das incoerências identificadas, o Conselho Deliberativo da GEAP decidiu alterar a metodologia de rateio do plano, definindo-se um custeio individual, por vida inscrita no plano, e não mais por percentual sobre a remuneração.”

Necessário destacar que no STJ, tal questão é enfrentada em recurso repetitivo:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – NÃO OCORRÊNCIA – CIVIL – PLANO DE SAÚDE – MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR – CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – LEGALIDADE – ÚLTIMO GRUPO DE RISCO – PERCENTUAL DE REAJUSTE – DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS – ABUSIVIDADE – NÃO CARACTERIZAÇÃO – EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

2. *A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.*

3. *Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.*

4. *Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).*

5. *As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).*

6. *A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.*

7. *Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor; em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:*

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. *A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.*

9. *Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.*

10. *Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.*

11. *Caso concreto: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de “cláusula de barreira” com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira.*

Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. *Recurso especial não provido.* (REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)

Portanto, não demonstrado que os reajustes foram abusivos e ou visem forçar a saída do plano de saúde, não comporta reforma a sentença de improcedência dos pedidos.

Não havendo abusividade nos reajustes, não há falar-se em ressarcimento de valores, como pleiteado pela requerente.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Matilde Lopes da Silva.

Majoro os honorários advocatícios em favor do apelado para 16% do valor atualizado da causa, com base nos §§ 2º e 11, do art. 85, do CPC².

2 § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

(...)

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1413080-46.2017.8.12.0000 - Ivinhema
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – IMPUGNAÇÃO – ART. 61-A E ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – JULGAMENTO DA ADC 42 E ADI'S 4901, 4902, 4903 E 4937 PELO STF – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA – IMÓVEL RURAL SEM CURSOS D'ÁGUA NATURAIS E INFERIOR A QUATRO MÓDULOS FISCAIS EM 22/7/2008 – RECURSO PROVIDO.

Em 28.2.2018, os Ministros do STF, no julgamento da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, declararam a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal.

O advento do novo Código Florestal, trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no termo de ajustamento de conduta retiram a exigibilidade do título executivo, inclusive havendo cláusula expressa quanto à adequação do acordo às alterações da legislação ambiental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de outubro de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Clodoaldo Braulio interpôs agravo de instrumento em face da decisão (f. 314-320) proferida em 18/9/2017 por Marcus Vinicius de O. Elias juiz da 2ª Vara da comarca de Ivinhema que no cumprimento de sentença iniciado pelo Ministério Público Estadual rejeitou a impugnação.

Em razões recursais (f. 1-13) alega que a sentença é nula por incorrer em cerceamento de defesa.

No mérito, pretende que “a sentença, seja reformada no sentido de ser declara a constitucionalidade e aplicabilidade imediata dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/2012”, que desobrigaram a averbação da área de reserva legal na matrícula do imóvel, permitiram a continuidade de atividade agropecuárias e turísticas nas áreas consolidadas até 22/07/2008, e isentaram os proprietários de imóveis rurais de recompor área de reserva legal em áreas de até quatro módulos fiscais à época.

Requer seja atribuído efeito suspensivo aos efeitos da decisão recorrida.

Este relator deferiu o efeito suspensivo ao recurso (f. 49-56).

Informações foram prestadas (f. 64-65).

Contrarrazões à f. 70-97.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 102-114) pelo improvimento do recurso.

Tendo em vista que o mérito da ação envolve a discussão acerca da inconstitucionalidade dos art. 61-A e 67, ambos da Lei 12.651/012, hipótese contemplada no incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 0002270-05.2010.8.12.0012/50000, o julgamento do recurso foi suspenso o processo, até que seja julgado o incidente, ou ulterior deliberação, cujo julgamento ficou prejudicado diante do julgamento questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Clodoaldo Braulio em face da decisão proferida em 18/9/2017 pelo juiz de direito da 2ª Vara da comarca de Ivinhema que no cumprimento de sentença iniciado pelo Ministério Público Estadual rejeitou a impugnação.

Confira-se o dispositivo da decisão (f. 314-320):

Diante do exposto:

a) declaro, incidenter tantum, a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal), ante a violação ao artigo 1º, III; ao artigo 5º, caput, e ao artigo 225, caput, § 1º, I e III, e § 3º, todos da Constituição Federal;

b) rejeito a impugnação ao cumprimento de sentença, determinando à parte executada que apresente, no prazo de 60 (sessenta dias), o respectivo projeto de recuperação ambiental, nos termos do incluso termo de ajustamento de conduta (f. 105-116), com a inscrição da propriedade no CAR/MS, dispensada a averbação da reserva na matrícula, pena de futura imposição de medidas coercitivas.

Em razão do ínfimo êxito da parte executada, condeno-a ao pagamento total das custas.

Sem condenação de honorários, por interpretação analógica ao artigo 18 da Lei 7.437/85.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Em razões recursais (f. 1-13) alega que a sentença é nula por incorrer em cerceamento de defesa.

No mérito, pretende que:

“(...) a sentença, seja reformada no sentido de ser declara a constitucionalidade e aplicabilidade imediata dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/2012”, que desobrigaram a averbação da área de reserva legal na matrícula do imóvel, permitiram a continuidade de atividade agropecuárias e turísticas nas áreas consolidadas até 22/07/2008, e isentaram os proprietários de imóveis rurais de recompor área de reserva legal em áreas de até quatro módulos fiscais à época”.

Requer seja atribuído efeito suspensivo aos efeitos da decisão recorrida.

Em análise do pedido de concessão de efeito suspensivo ao cumprimento da decisão agravada, este Relator deferiu o pleito do agravante nos termos da decisão que segue (f. 49-56):

2. Do efeito suspensivo.

Acerca do efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, o art. 1.019 c/c o art. 995, ambos do Novo Código de Processo Civil, estabelecem:

*“Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do **art. 932, incisos III e IV**, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:*

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

“Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”.

Acerca da matéria, Daniel Amorim Assumpção Neves comenta¹:

“Segundo o caput do dispositivo legal, salvo quando houver disposição legal ou decisão judicial em sentido contrário, o recurso não impede a geração de efeitos da decisão impugnada, ou seja, no primeiro caso tem-se o efeito suspensivo próprio e no segundo, o impróprio. O parágrafo único prevê os requisitos para a concessão do efeito suspensivo pelo relator no caso concreto: (i) risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, gerado pela geração imediata de efeitos da decisão e (ii) ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. São os mesmos requisitos previstos no art. 588 do CPC/73, tradicionalmente exigidos para a concessão de efeito suspensivo impróprio a recursos. Ainda que o dispositivo não o preveja explicitamente, o pedido expresso do recorrente continua a ser requisito para a concessão de efeito suspensivo pelo relator”.

*Portanto, a concessão do efeito suspensivo ao cumprimento da decisão agravada depende da verificação dos requisitos atinentes ao **risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e à demonstração da probabilidade de provimento do recurso.***

No mérito, tenho que presente a probabilidade do recurso.

Isso porque, as obrigações assumidas no acordo que se executa foram firmadas na vigência do Código Florestal de 1965, de modo que, com a entrada em vigor do Novo Código Florestal, referidas obrigações devem ser readequadas.

Nesse sentido o Decreto nº 8235 de 5 de maio de 2014 que trata especificamente sobre a questão em seu artigo 12.

Confira-se:

Art. 12. Os termos de compromissos ou instrumentos similares para a regularização ambiental do imóvel rural referentes às Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito, firmados sob a vigência da legislação anterior, deverão ser revistos para se adequarem ao disposto na Lei nº 12. 651, de 2012.

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se exclusivamente aos casos em que o proprietário ou o possuidor do imóvel rural requerer a revisão.

§ 2º Realizadas as adequações requeridas pelo proprietário ou possuidor, o termo de compromisso revisto deverá ser inscrito no Sicar.

§ 3º Caso não haja pedido de revisão, os termos ou instrumentos de que trata o **caput** serão respeitados.

*Em que pese a existência de entendimento contrário, referido decreto é expresso ao determinar que os Termos de Ajustamento de Conduta realizados na vigência do Código Florestal de 1965 deverão **ser revistos para que sejam adequados aos termos do Novo Código Florestal**.*

Nesse sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – EMBARGOS EXECUÇÃO EXECUÇÃO DE TERMO E AJUSTAMENTO DE CONDUTA HOMOLOGADO JUDICIALMENTE – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE DA SENTENÇA POR OMISSÃO DA APRECIÇÃO DAS TESES DE AUSÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO – PRELIMINARES AFASTADAS – ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE – NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/12) – APLICAÇÃO DO ARTIGO 462 DO CPC – OBRIGAÇÕES AJUSTADAS NO TAC INCOMPATÍVEIS COM A NOVA LEGISLAÇÃO – FALTA DE EXIGIBILIDADE DO TÍTULO – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PAGAMENTO DE CUSTAS E DE HONORÁRIOS – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO PROVIDOS. Não há óbice à execução do Termo de Ajustamento de Conduta- TAC se o Estado se obrigou ao cumprimento das obrigações estabelecidas, motivo por que não há falar em impossibilidade jurídica do pedido. O Ministério Público é parte legítima para executar o Termo de Ajustamento de Conduta qual é signatário. Não há falar em cerceamento de defesa pela não produção de prova, se essa era desnecessária para o julgamento do feito. Também não há falar em omissão da sentença na apreciação das teses do apelante de ausência de certeza e liquidez do TAC, bem como, acerca da incidência de juros e correção monetária, haja vista que a matéria foi apreciada em embargos de declaração na primeira instância. **O advento de legislação superveniente (novo Código Florestal) trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no Termo de Ajustamento de Conduta retiram a exigibilidade do título executivo**, impondo-se a extinção da execução. É possível aplicar a legislação promulgada após a prolação da sentença, eis que considerada fato novo superveniente e passível de aplicação de ofício nos termos do artigo 462 do CPC. A teor do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, aplicado por analogia, não é cabível a condenação do Ministério Público ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, salvo comprovação de má-fé. (Apelação - Nº 0101425-24.2006.8.12.0043. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: São Gabriel do Oeste; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/12/2013; Data de registro: 14/01/2014). Destaqueei.

Informações foram prestadas (f. 64-65).

Contrarrazões à f. 70-97.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (f. 102-114).

O feito esteve suspenso em razão da instauração do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 0002270-05.2010.8.0012/50000, que foi julgado prejudicado, ante a análise das ADC 42 e ADI 4901, 4902, 4903 e 4937, que tratam do mesmo objeto, qual seja, a análise da constitucionalidade dos dispositivos do Código Florestal.

Pedidos constantes da impugnação ao cumprimento de sentença.

1- Requer o recebimento da presente Impugnação com fundamento nos artigos 475-L e 475-M do CPC e a intimação do Impugnado/Exequente para apresentar sua defesa de direito, no prazo legal;

2- Seja liminarmente - in altila altera pars – conferido efeito suspensivo a presente impugnação com fundamento no artigo 475- M do CPC, por estarem provados os argumentos do Executado, por haver clara verossimilhança na fundamentação acima, bem como grave perigo de dano irreparável ou de difícil reparação caso a execução prossiga;

3- Seja julgada totalmente procedente a impugnação, declarando nulo o cumprimento de sentença por ausência de exequibilidade do título extrajudicial, haja vista não ser exigível, não possuir liquidez e nem a certeza jurídica esperada para embasar as medidas pleiteadas pelo Exequente, posto que o Executado é evidentemente beneficiado pela cláusula décima do acordo homologado, não tendo descumprido qualquer de suas obrigações, obtendo vantagem com a inovação legislativa pela edição da Lei 12.651/2012 - Novo Código Florestal;

4- Requer a oportunidade de produção de provas dos fatos alegados acima por todas as vias de direito, tais como a apresentação de documentos, prova testemunhal, pericial e depoimento pessoal.

5- Requerer a juntada do Cadastro Ambiental Rural da Propriedade em questão, a qual está aquém dos 4 módulos fiscais da região do MS, enquadra-se no conceito de áreas consolidadas, não possui passivo carente de recuperação em área de Reserva Legal ou APP, razão pela qual restou dispensado da adesão ao PRA ou PRADA, agora aguarda-se a verificação do órgão competente para a expedição da aprovação/homologação do CAR, porém o Requerido não foi informado em qual prazo o IMASUL irá realizar sua vistoria técnica;

6- Seja o impugnado Ministério Público Estadual condenado em litigância de má-fé, sendo ainda condenado a indenizar o executado/impugnante nas custas processuais e demais custas da execução, bem como condenado a indenizar os honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais em favor do patrono do executado;

Inconstitucionalidade dos art. 61-A e 67 da L. 12.651/12.

O agravante defende constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 do Novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, por estarem de acordo com os artigos 225, *caput*, § 1º, I, III, § 3º; e, 186, II, da Constituição Federal.

Entretanto, referida norma foi objeto da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937 e em 28.2.2018, os Ministros do STF, declararam a constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal.

Confira-se a resenha do julgamento divulgada no informativo 892:

O Plenário concluiu julgamento conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade em que se discute diversos dispositivos da Lei 12.651/2012 (Código Florestal) (Informativos 884 e 891).

O Tribunal julgou parcialmente procedente a ADC 42, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello; iii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, XIX, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, que declaravam inconstitucional, por arrastamento, o art. 4º, I; iv) por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “demarcadas” e “tituladas”, contidas no art. 3º, parágrafo único; v) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, III; vi) por maioria, dar interpretação conforme ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d’água intermitentes configuram área de preservação ambiental, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e, em parte, Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente); vii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 1º; viii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 4º; ix) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 5º; x) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 6º, e incisos; xi) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 5º; xii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 7º, § 3º; xiii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 8º, § 2º; xiv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 4º; xv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 5º; xvi) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 6º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xvii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 7º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xviii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 8º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xix) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; xx) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15; xxi) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; xxii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 44; xxiii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; xxiv) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; xxv) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos

nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; xxvi) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; xxvii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A; xxviii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; xxix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; xxx) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63; xxxi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 3º; xxxii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 5º; xxxiii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 6º; xxxiv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67; xxxv) por maioria, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 68; e xxxvi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 78-A.

A Corte julgou parcialmente procedente a ADI 4901, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 4º; ii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 5º; iii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 6º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; iv) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 7º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Edson Fachin e Rosa Weber; v) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 8º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; vi) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; vii) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15; viii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 28; ix) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 3º; xi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 5º; xii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 6º; xiii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67; e xiv) por maioria, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 68.

O Tribunal julgou parcialmente procedente a ADI 4902, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso

e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 7º, § 3º; ii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; iii) por maioria, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; iv) por maioria, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; v) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; vi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A; vii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; viii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; ix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63; x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67; e xi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 78-A.

A Corte julgou parcialmente procedente a ADI 4903, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello; iii) por maioria, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, e, em parte, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente), dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, XVII, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d’água intermitentes configuram área de preservação permanente; iv) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, XIX, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, que declaravam inconstitucional, por arrastamento, o art. 4º, I; v) por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “demarcadas” e “tituladas”, contidas no art. 3º, parágrafo único; vi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, III; vii) por maioria, dar interpretação conforme ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d’água intermitentes configuram área de preservação ambiental, vencidos o Ministro Gilmar Mendes e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente); viii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 1º; ix) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia

(Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 4º; x) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 5º; xi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 6º, e incisos; xii) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 5º; xiii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 8º, § 2º; xiv) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 11; xv) por maioria, vencidos os Ministros Relator, Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; xvi) por unanimidade, julgou constitucional o art. 62.

Por fim, o Tribunal julgou parcialmente procedente a ADI 4937, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 7º, § 3º; iii) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; iv) por unanimidade, reconhecer constitucional o art. 44; v) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; vi) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; vii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva”, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; viii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; ix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A; x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; xi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; e xii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63.

O Colegiado destacou que o art. 225 da Constituição Federal estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Sob essa perspectiva, o meio ambiente assume função dúplice no microsistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais se

posicionam, paralelamente, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva.

Outrossim, o homem é parte indissociável do meio ambiente. Por intermédio das interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas.

A capacidade de os indivíduos desestabilizarem o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, as quais se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais são escassos; determinados danos são irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza; alterações climáticas tornaram-se problema real; e a poluição se alastra pelos grandes centros, entre outras evidências empíricas da crise ambiental. Portanto, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto — e não proprietário — do meio ambiente. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores, como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (CF, art. 225), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de “retrocesso ambiental”, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. Não se deve desprezar que a mesma Constituição que protege o meio ambiente também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (CF, artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, e a reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, artigos 3º, III, e 170, VII), a proteger a propriedade (CF, artigos 5º, “caput” e XXII, e 170, II), a buscar o pleno emprego (CF, artigos 170, VIII, e 6º) e a defender o consumidor (CF, artigos 5º, XXXII, e 170, V).

O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita, assim, o duelo valorativo entre a proteção ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum e a pessoa humana, num cenário de escassez. Portanto, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsicamente antagônicas.

Nessa medida, a preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes. Meio ambiente e desenvolvimento econômico encerram conflito normativo aparente, a envolver diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam.

Ademais, o princípio da vedação ao retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático, no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, e nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo, na linha do que decidido no RE 586.224/SP.

Assim, resta superada a análise dos argumentos do agravante, uma vez que assentada a constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/12 (Código Florestal).

Com efeito, conforme outrora analisado, as obrigações assumidas no acordo que se executa foram firmadas na vigência do Código Florestal de 1965, de modo que, com a entrada em vigor do Novo Código Florestal, referidas obrigações devem ser readequadas.

Nesse sentido o Decreto nº 8.235 de 5 de maio de 2014 que trata especificamente sobre a questão em seu artigo 12.

Confira-se:

Art. 12. Os termos de compromissos ou instrumentos similares para a regularização ambiental do imóvel rural referentes às Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito, firmados sob a vigência da legislação anterior, deverão ser revistos para se adequarem ao disposto na Lei nº 12.651, de 2012.

§ 1º O disposto no caput aplica-se exclusivamente aos casos em que o proprietário ou o possuidor do imóvel rural requerer a revisão.

§ 2º Realizadas as adequações requeridas pelo proprietário ou possuidor, o termo de compromisso revisto deverá ser inscrito no Sicar.

§ 3º Caso não haja pedido de revisão, os termos ou instrumentos de que trata o caput serão respeitados.

Em que pese a existência de entendimento contrário, referido decreto é expresso ao determinar que os termos de ajustamento de conduta realizados na vigência do Código Florestal de 1965 deverão ser revistos para que sejam adequados aos termos do Novo Código Florestal.

Nesse sentido:

*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – EMBARGOS EXECUÇÃO EXECUÇÃO DE TERMO E AJUSTAMENTO DE CONDUTA HOMOLOGADO JUDICIALMENTE – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE DA SENTENÇA POR OMISSÃO DA APRECIÇÃO DAS TESES DE AUSÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO – PRELIMINARES AFASTADAS – ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE – NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/12) – APLICAÇÃO DO ARTIGO 462 DO CPC – OBRIGAÇÕES AJUSTADAS NO TAC INCOMPATÍVEIS COM A NOVA LEGISLAÇÃO – FALTA DE EXIGIBILIDADE DO TÍTULO – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PAGAMENTO DE CUSTAS E DE HONORÁRIOS – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO PROVIDOS. Não há óbice à execução do Termo de Ajustamento de Conduta- TAC se o Estado se obrigou ao cumprimento das obrigações estabelecidas, motivo por que não há falar em impossibilidade jurídica do pedido. O Ministério Público é parte legítima para executar o Termo de Ajustamento de Conduta qual é signatário. Não há falar em cerceamento de defesa pela não produção de prova, se essa era desnecessária para o julgamento do feito. Também não há falar em omissão da sentença na apreciação das teses do apelante de ausência de certeza e liquidez do TAC, bem como, acerca da incidência de juros e correção monetária, haja vista que a matéria foi apreciada em embargos de declaração na primeira instância. **O advento de legislação superveniente (novo Código***

Florestal) trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no Termo de Ajustamento de Conduta retiram a exigibilidade do título executivo, impondo-se a extinção da execução. É possível aplicar a legislação promulgada após a prolação da sentença, eis que considerada fato novo superveniente e passível de aplicação de ofício nos termos do artigo 462 do CPC. A teor do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, aplicado por analogia, não é cabível a condenação do Ministério Público ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, salvo comprovação de má-fé. (Apelação Nº 0101425-24.2006.8.12.0043. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: São Gabriel do Oeste; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/12/2013; Data de registro: 14/01/2014). Destaquei.

Não fosse isso, o termo de ajustamento de conduta firmado pelo agravante e o Ministério Público Estadual traz previsão expressa quanto à adequação do acordo às alterações da legislação ambiental.

Confira-se (f. 105-116 dos autos originais):

Cláusula décima: Em caso de alteração da legislação ambiental, no que se refere à exigência de reserva legal e área de preservação permanente, o requerido será beneficiado no que lhe for aplicável.

Parágrafo único. A assinatura deste Acordo não afasta a competência dos órgãos ambientais para atuação, nem exime do cumprimento das normas legais pertinentes.

Reconhecida a constitucionalidade dos art. 61-A e 67, ambos do Código Florestal, o benefício se aplica ao agravante, que embora beneficiado com a nova legislação ambiental, continuou cumprindo com as determinações que lhes foram impostas, tanto que procedeu ao cadastro ambiental rural do imóvel (f. 281-287 dos autos de origem).

Dispositivo.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento interposto por Clodoaldo Braulio e acolher a impugnação a fim de extinguir o cumprimento de sentença, nos termos do art. 924, inciso II, do CPC¹.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 10 de outubro de 2018.

¹ Art. 924. Extingue-se a execução quando:
(...) II - a obrigação for satisfeita;

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0840180-61.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL TARDIO, SUPRESSÃO DE CASAMENTO E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE ÓBITO – PROVAS SUFICIENTES – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.

Discute-se no presente recurso a possibilidade: *a)* de retificação do registro tardio da genitora dos autores; *b)* de se suprir o registro de casamento dos pais dos autores, nos termos da inicial, com a devida anotação do nome correto da mãe dos autores, e *c)* de retificação do registro de óbito da genitora, para a correção de seu nome e para a retificação do prenome dos filhos.

Nos termos do art. 109, da Lei nº 6.015, de 31/12/1973 (Lei de Registros Públicos), quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no registro civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em Cartório.

A ação de retificação, de modo a atender ao princípio da verdade real (norteador do registro público), tem por finalidade restabelecer a veracidade do conteúdo dos assentos alusivos ao estado civil da pessoa natural, de modo a corresponder e a estampar a realidade fática. Por meio de tal via, promove-se a congruência das informações contidas no registro de nascimento da pessoa natural com os fatos efetivamente ocorridos no desenrolar da via, desfazendo-se omissões, erros de fato ou de direito, eventualmente consignados pelo oficial. A retificação não se destina a corrigir toda e qualquer incongruência das informações constantes do ato registral com a realidade. O erro ou engano constante no assento, objeto de retificação, ainda que possa referir-se ao estado da pessoa, ao ser corrigido, de modo algum, pode importar em alteração, constituição, ou desconstituição do *status* (REsp 1.168.757/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ acórdão Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 04/06/2014).

Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 17 de outubro de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Disney Alves Rodrigues, Elza Rodrigues da Silva e Cleide Ramos Rodrigues contra sentença proferida pelo juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: de retificação de registros civis de nascimento e de óbito e suprimimento de registro de casamento de genitores proposta pelos apelantes, sustentando que são irmãos, filhos do Sr. Manoel Vicente Rodrigues e da Sra. Ana Alves Rodrigues. Aduzem que o genitor, Sr. Manoel, faleceu em 29/08/1975 e teve suprimido no registro de óbito o nome “Vicente”, o qual era filho do Sr. Brasilino Rodrigues do Nascimento e da Sra. Etelvina Vieira Rodrigues (avós dos apelantes).

Explicam que o seu avô paterno (Sr. Brasilino), já falecido, também teve alteração em seu nome, porquanto no registro de óbito restou suprimido o sobrenome final “do Nascimento”.

Além disso, com relação à genitora dos autores (Sra. Ana Alves Rodrigues), alegam que em seu registro tardio constou erroneamente o seu nome como sendo “Ana de Oliveira”, sendo que sua mãe (avó materna dos autores) se chamava Maria de Oliveira (esta por sua vez tendo como seus genitores o Sr. Florencio de Oliveira e a Sra. Doroteia de Oliveira), e seu pai seria o Sr. André Alves (avô materno dos autores), sendo que o nome correto da mãe dos autores deveria ser Ana de Oliveira Alves.

Aduzem que com o casamento de seus pais, a genitora passou a assinar “Ana Alves Rodrigues”, e que o matrimônio foi realizado na aldeia indígena Buriti, sem qualquer registro, mesmo com buscas realizadas nas localidades (Aquidauana-MS e Anastácio-MS), e solicitação junto à Funai.

Presumem que o autor Disney Alves Rodrigues, que é o filho mais velho, nascido em 27/12/1944, teve registrado, no seu assento de nascimento, o nome de casada da genitora (Ana Alves Rodrigues), pois o casamento dos genitores ocorreu em 1943.

Aduzem que o Sr. Estelito Alves Rodrigues, irmão dos requerentes falecido em 2006, deixou espólio representado por um bem imóvel, e que foi aberto inventário (Autos nº 0041507-21.2006.8.12.0001), objetivando a transmissão do bem para a genitora (Sra. Ana Alves Rodrigues) que morava no imóvel.

Sustentam que, em razão das divergências no nome da genitora, o inventário restou frustrado ante a necessidade de retificação nos assentos de registros civis, tendo o magistrado naqueles autos proferido despacho determinando a necessidade da propositura de Ação de Retificação perante o juízo competente.

Ocorre que em 06/09/2013 ocorreu o falecimento da genitora dos autores, e consoante a necessidade de prosseguimento do inventário do Sr. Estelito, com a transmissão do imóvel deixado aos irmãos sobreviventes, surgiu a necessidade de se retificar os sucessivos erros de registros.

Requereram, assim: a) a retificação do registro tardio da genitora dos autores para constar o seu nome correto como sendo Ana de Oliveira Alves; b) a expedição de mandado para o Cartório de Registro Civil de Aquidauana-MS, para que se proceda as devidas modificações de filiação no registro do casamento ocorrido entre os pais dos genitores; c) a retificação do registro de óbito do genitor, para constar o seu nome correto como sendo “Manoel Vicente Rodrigues” e, por conseguinte, o nome correto do genitor deste último, como sendo “Brasilino Rodrigues do Nascimento”, e d) a retificação do registro de óbito da genitora, para que conste o seu nome correto como sendo “Ana Alves Rodrigues”, “viúva”, incluído o nome do seu genitor, e retificado o nome dos filhos (f. 01-08).

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido inicial para determinar a retificação do assento de óbito do pai dos autores, a fim de que passe a constar o nome correto como sendo Manoel Vicente Rodrigues, e filho de Brasilino Rodrigues do Nascimento (f. 158-160).

Apelação: interposta por Disney Alves Rodrigues, Elza Rodrigues da Silva e Cleide Ramos Rodrigues, sustentando: a) a devida retificação do nome da genitora, para Ana de Oliveira Alves, devido à comprovação de seu nome nos documentos de registro tardio; b) a expedição de mandado para o Cartório de Registro Civil de Aquidauana-MS, para que se proceda ao registro do casamento ocorrido entre os pais dos genitores, nos termos da inicial, e c) a retificação do registro de óbito da genitora com o nome correto e a retificação do nome dos filhos (f. 167-172).

Parecer do Ministério Público Estadual: pelo não provimento do recurso (f. 189-195).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso a possibilidade: a) de retificação do registro tardio da genitora dos autores; b) de se suprir o registro de casamento dos pais dos autores, nos termos da inicial, com a devida anotação do nome correto da mãe dos autores, e c) de retificação do registro de óbito da genitora, para a correção de seu nome e para a retificação do prenome nome dos filhos.

Juízo de admissibilidade

Registro que a sentença recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 25/08/2016 (f. 161), tendo a respectiva intimação ocorrido em 05/09/2016 (f. 166), enquanto que o presente recurso foi interposto em 27/09/2016 (f. 167).

Nos termos do art. 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo legal de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no art. 1.010, incisos I a IV, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (recorrentes beneficiários da gratuidade judiciária – f. 38).

Retificação do registro de nascimento e de óbito da mãe dos autores e supressão do registro de casamento dos pais dos autores.

Acerca do contexto fático subjacente à pretensão recursal dos autores-apelantes, convém trazer à transcrição, na parte em que interessa ao presente recurso, o relato que consta da inicial, acerca da alegada incorreção do nome de sua mãe em seu registro tardio de nascimento, bem como da sustentada ausência de registro de casamento, e, em consequência disso tudo, da incorreção no registro de óbito daquela, *verbis*:

“Os requerentes são irmãos germanos, filhos de Manoel Vicente Rodrigues e Ana Alves Rodrigues, conforme consta em seus respectivos registros civis de casamento.

A prole do casal Manoel Vicente Rodrigues e Ana Alves Rodrigues era composta de 05 (cinco) filhos, sendo 03 (três) deles os ora requerentes e outros 02 (dois) filhos (irmãos dos requerentes) que já são falecidos: Estelito Alves Rodrigues, nascido no dia 05/01/1952 e falecido no dia 04/08/2006, e Milton Alves Rodrigues, nascido no dia 10/09/1945 e falecido no dia 27/09/2004.

[...] em relação à genitora, Sra. Ana Alves Rodrigues, esta registrou-se tardiamente, de acordo com a Lei 6.216, de 31/12/1978, optando por adotar o nome de Ana de Oliveira (Livro A-018, Folhas 156, Número de Ordem 7.192, lavrado em 19/12/1978, no Cartório do 9º. Ofício e 2ª. Circunscrição do Registro Civil desta Comarca), tendo no referido assento de nascimento constado o nascimento em 12/12/1915, em Campo Grande-MS, filha de Maria de Oliveira, com avós maternos Florencio de Oliveira e Doroteia de Oliveira.

Todavia, o nome correto da genitora dos requerentes, enquanto era solteira, era Ana de Oliveira Alves, filha de André Alves e Maria de Oliveira, ou seja, no registro tardio de nascimento foi suprimido o sobrenome Alves e omitido o nome do genitor André Alves.

Não fosse isso o bastante, por força de suposto casamento entre Manoel Vicente Rodrigues e Ana de Oliveira Alves, esta teria passado a assinar o nome de Ana Alves Rodrigues, eis que é este que consta como nome da mãe nos assentos civis de nascimento e de casamento dos requerentes e de seus irmãos já falecidos.

Todavia, em buscas realizadas nas localidades onde teria sido registrado o casamento Aquidauana e/ou Anastácio-MS não foi localizado qualquer registro, o que justifica, inclusive, o fato da Sra. Ana ter feito seu registro tardio em 1978.

Idêntica solicitação feita à Funai, eis que o casamento teria ocorrido na aldeia indígena Buriti, não logrou encontrar qualquer registro administrativo de matrimônio.

Presume-se, considerando que o filho mais velho Disney Alves Rodrigues, ora primeiro requerente, nasceu em 27/12/1944 e no seu assento de nascimento e por consequência também no de casamento (cópia anexa), o nome da genitora já constou como sendo Ana Alves Rodrigues, que o casamento desta com o Sr. Manoel Vicente Rodrigues, tenha ocorrido em data do ano de 1943.

Nesse passo, quando do falecimento do irmão dos requerentes, Sr. Estelito Alves Rodrigues, ocorrido em 2006, considerando que ele havia deixado espólio representado por um bem imóvel, foi procedida a abertura de inventário judicial nesta comarca, Autos nº 001.06.041507-0 (novo número 0041507-21.2006.8.12.0001), com fito de transmitir o imóvel para a genitora, Sra. Ana Alves Rodrigues, que como dito, registrou-se tardiamente optando pelo nome Ana de Oliveira, única herdeira, eis que ela residia no imóvel e, por outro lado, o falecido não havia deixado esposa e nem filhos.

Contudo, diante da divergência no nome da genitora, o inventário restou frustrado ante a necessidade de retificação nos assentos de registros civis supramencionados, tendo o MM. Juiz da Vara de Sucessões proferido despacho no sentido de que fosse proposta a competente ação de retificação perante o juízo competente, com subsequente determinação de suspensão do inventário e arquivamento dos autos, onde se encontram até os dias atuais.

Agora, com o falecimento da genitora, Sra. Ana Alves Rodrigues/Ana de Oliveira, ocorrido no dia 06/09/2013 tornaram-se inadiáveis as retificações de registros civis aqui pretendidas, dada a necessidade de prosseguimento do inventário de Estelito e transmissão do bem imóvel por ele deixado aos irmãos sobreviventes, ora requerentes.

Demonstrado, portanto, que houve uma sucessão de erros e omissões nos registros civis de nascimento, casamento e óbito dos genitores dos requerentes e que isso está provocando a deturpação da verdade, emerge a obrigação de extirpar as fontes dos erros.”

A sentença, ao julgar improcedente o pedido neste ponto, o fez com lastro nos seguintes fundamentos:

“[...] com relação ao suprimento do casamento de Manoel Vicente e Ana Alves Rodrigues entendo que não há elementos de prova capazes de justificar a procedência do pleito. Os documentos constantes dos autos não indicam a existência de evidenciar a suposta união conjugal.

Outrossim, como bem ressaltou a representante do Ministério Público, ‘ainda que se considerasse a possibilidade de concessão do suprimento de casamento dos genitores dos requerentes, este se faria considerando o nome de ‘Ana Alves Rodrigues’, já que dentre

os pedidos formulados o que menos elementos existem nos autos para a comprovação do requerido na inicial é o de que 'Ana de Oliveira' e 'Ana Alves Rodrigues' são a mesma pessoa, até porque no assento de óbito de 'Ana de Oliveira' consta que a mesma era solteira' (f. 131).

Como os autores supõem que o casamento de seus pais ocorreu em 1943, momento em que sua genitora passou a chamar Ana Alves Rodrigues, nome esse constante dos registros de nascimento dos filhos, não parece razoável conceber que tenha ela optado por utilizar o nome Ana de Oliveira em seu registro tardio no ano de 1975.

Por fim, não há qualquer prova que indique ser a genitora dos requerentes filha de André Alves, o que impede o acolhimento do pedido quanto a esse aspecto. A falta dos assentos de nascimento dos requerentes e dos irmãos falecidos igualmente obsta o deferimento de correção de erros de grafia na certidão de óbito de Ana de Oliveira”.

O art. 109, da Lei nº 6.015, de 31/12/1973 (Lei de Registros Públicos), prevê a possibilidade de retificação e de supressão de assentamento no registro civil, nos seguintes termos, *verbis*:

“Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no registro civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

§ 1º Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de dez dias e ouvidos, sucessivamente, em três dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em cinco dias.

§ 2º Se não houver impugnação ou necessidade de mais provas, o Juiz decidirá no prazo de cinco dias.

§ 3º Da decisão do juiz, caberá o recurso de apelação com ambos os efeitos.

§ 4º Julgado procedente o pedido, o juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.

§ 5º Se houver de ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido, por ofício, ao Juiz sob cuja jurisdição estiver o cartório do Registro Civil e, com o seu “cumpra-se”, executar-se-á.

§ 6º As retificações serão feitas à margem do registro, com as indicações necessárias, ou, quando for o caso, com a traslado do mandado, que ficará arquivado. Se não houver espaço, far-se-á o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original.”

Segundo precedente de referência do Superior Tribunal de Justiça,

“(…) a ação de retificação, de modo a atender ao princípio da verdade real (norteador do registro público), tem por finalidade restabelecer a veracidade do conteúdo dos assentos alusivos ao estado civil da pessoa natural. Por meio de tal via, promove-se a congruência das informações contidas no registro de nascimento da pessoa natural com os fatos efetivamente ocorridos, desfazendo-se omissões, erro de fato ou de direito,

eventualmente consignados pelo Oficial” (REsp 1.168.757/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 04/06/2014).

Entretanto, adverte a Corte Superior que:

“(...) a retificação não se destina a corrigir toda e qualquer incongruência das informações constantes do ato registral com a realidade. O erro ou engano constante no assento, objeto de retificação, ainda que possa referir-se ao estado da pessoa, ao ser corrigido, de modo algum, pode importar em alteração, constituição, ou desconstituição do status” (REsp 1.168.757/RS).

Isso porque, *“as pretensões encerradas nas ações de estado consistem, precipuamente, em constituir ou desconstituir determinado status, infirmar ou contestar o estado já estabelecido, ou, ainda, modificá-lo de qualquer modo”* (REsp 1.168.757/RS), com o que, portanto, não se deve confundir o escopo da ação de retificação.

Nesse sentido, o *status* da pessoa natural, objeto das ações de estado, segundo a doutrina majoritária, abrange o indivíduo, considerado em si mesmo, em relação a sua posição ocupada no seio de sua família (vínculo conjugal e parentesco por consanguinidade e afinidade), e em referência à sociedade em que se encontra inserido (estado político).

Assim, ante a relevância dos direitos discutidos nas ações de estado, estas devem ser processadas na via contenciosa, propiciando-se a ampla defesa, o contraditório e a plena produção probatória inerentes à via contenciosa (REsp 1.168.757/RS).

Na hipótese dos autos, analisando-se a prova colacionada, se vê claramente que a pessoa registrada como sendo Ana de Oliveira é, de fato, indubitavelmente, a mãe dos autores; tanto que nem mesmo o Ministério Público sugere dúvida acerca desse fato, assim como, em momento algum, as testemunhas ouvidas na instrução questionaram esse estado (f. 121-122).

Portanto, não há dúvidas de que a ação, na espécie, limita-se à mera pretensão de correção/supressão do assento de nascimento, casamento e óbito da pessoa registrada com o nome de Ana de Oliveira, não havendo a pretensão de se constituir ou se desconstituir determinado *status*; ou se infirmar ou se contestar o estado já estabelecido; ou, ainda, modificá-lo de qualquer modo. Ou seja, não se tem na hipótese de uma ação de estado.

Nesse sentido, resta analisar se há, ou não, prova suficiente acerca dos fatos alegados na inicial, a tornar possível o deferimento do pedido, no que concerne à correção/supressão do assento de nascimento, casamento e óbito da pessoa registrada com o nome de Ana de Oliveira.

No que diz respeito ao alegado erro no registro tardio de nascimento da mãe dos autores, chama atenção o fato de que esta somente o fez 19/12/1978 (f. 63), quando já falecido seu marido (e pai dos autores), Manoel Vicente Rodrigues, cujo óbito ocorreu em 29/08/1975 (f. 19).

Talvez esse fato explique a escolha pelo nome de solteira Ana de Oliveira (sem o sobrenome Rodrigues, de seu marido), em razão, inclusive, da falta de localização – ainda nos dias atuais – de seu registro de casamento.

Outro fator importante a ser considerado, com relação ao fato de que, ao fazê-lo, em tal oportunidade, a autora também deixou de considerar o nome e sobrenome de seu pai (André Alves), talvez porque, à luz do conhecido rigor da interpretação da Lei nº 6.015, de 31/12/1973 pelos oficiais de registro civil da época e também em razão da praxe de se considerar como certa apenas a maternidade (a paternidade, dizia-se,

era sempre “presumida”), muito provavelmente optou a mãe dos autores – ou se viu obrigada – a escolher apenas o seu nome de solteira e sem o sobrenome paterno.

Nesse sentido, a par das dúvidas lançadas pelo órgão ministerial (f. 129-132) – que mais recaem na seara da valoração do adequado exercício, ou não, do ônus probatório imposto aos autores –, é certo que nos autos não há mínima prova acerca de uma possível dúvida quanto à possibilidade de se tratar a pessoa de Ana de Oliveira de pessoa diversa de Ana Alves Rodrigues, bastando se ver o depoimento das testemunhas ouvidas em Juízo, para se chegar facilmente a essa conclusão (f. 121-122).

Ainda, é preciso se observar que o nome Ana Alves Rodrigues constou, seja do assento de nascimento, seja no de casamento e/ou nos próprios RGs, de todos os filhos do casal (inclusive dos três autores, ora apelantes), conforme f. 11-14, f. 15-16 e f. 17; e bem ainda nas certidões de óbitos dos dois filhos já falecidos do casal (f. 21-22).

Esse fato reforça, a um só tempo, a utilização do nome de casada pela mãe dos autores, já com o acréscimo do sobrenome de seu marido Manoel Vicente Rodrigues, bem como o uso, e o reconhecimento por diversos documentos públicos, também do sobrenome paterno Alves, a indicar mesmo a veracidade da afirmação de que Ana de Oliveira seria filha de André Alves.

Além disso, na certidão de nascimento do irmão dos autores, Estelito Alves Rodrigues – já falecido (f. 22) –, constou o nome de André Alves como sendo o seu avô materno; assim como o nome de Maria de Oliveira como sendo a avó materna, o mesmo nome que constou, como mãe, no assento de registro tardio de Ana de Oliveira, tudo de forma a corroborar as alegações.

Assim, também com relação ao pai de Ana de Oliveira, há indício suficiente – não infirmado por prova alguma nos autos – no sentido de que André Alves era, de fato, o seu genitor.

À luz desse contexto, é possível se deferir a retificação do assento tardio de nascimento de Ana de Oliveira, a fim de que nele passe a constar também o sobrenome de seu pai, de modo que, ao fim e ao cabo, em seu registro de nascimento passe a constar corretamente o seu nome como sendo: Ana de Oliveira Alves.

Relativamente ao registro de casamento, embora as buscas na Fundação Nacional do Índio (Funai) não tenham reportado a localização de documento algum (f. 93-94), não há dúvida alguma nos autos acerca do fato – também reconhecido pelas testemunhas ouvidas em juízo – de que o casal Manoel Vicente Rodrigues e Ana de Oliveira Alves constituíram família e tiveram, sob a égide de tal união, cinco filhos (Disney Alves Rodrigues; Elza Rodrigues Da Silva; Cleide Ramos Rodrigues – ora autores –, bem como Estelito Alves Rodrigues e Milton Alves Rodrigues – estes dois já falecidos –).

A propósito, quando do falecimento da pessoa registrada como Ana de Oliveira, os nomes desses mesmos filhos constaram de sua certidão de óbito (f. 20), o que indica, mais uma vez, que Ana de Oliveira (nome do registro tardio), Ana de Oliveira Alves (nome de solteira) e Ana Alves Rodrigues (nome de casada) eram a mesma pessoa; e, além disso, esse fato prova também que Ana foi, de fato, casada com Manoel Vicente Rodrigues; tanto que passou a utilizar o sobrenome Rodrigues, como consta da documentação dos filhos.

Aliás, quanto ao casamento, na carteira de trabalho de Manoel Vicente Rodrigues constou a informação de que este era “casado” (f. 46), e, aliado a isso, também na certidão de nascimento do filho Estelito Alves Rodrigues constou a informação de que Manoel Vicente Rodrigues e Ana Alves Rodrigues eram “casados” (f. 17).

Vale lembrar, a propósito, que o CC/16, previa em seu art. 206, que,

“(...) na dúvida entre as provas por e contra, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, vierem ou tiverem vivido na posse do estado de casados”.

Portanto, à luz destes fatos, não há conclusão diversa a se chegar, a não ser pela procedência do pedido inicial também com relação à retificação do registro de nascimento e de óbito da pessoa registrada como sendo Ana de Oliveira (mãe dos autores); e assim, igualmente, no que tange à necessidade de se suprir o registro de casamento desta com Manoel Vicente Rodrigues, devendo constar como regime de bens, à míngua de prova da convenção, o de comunhão parcial, nos termos do art. 258, do CC/16; bem como o ano de 1943, como sendo a data de sua possível ocorrência, conforme exposto na inicial (f. 03).

O registro do casamento poderá ser feito na Comarca de Campo Grande-MS, por ser o último domicílio dos nubentes (art. 67, da Lei nº 6.015, de 31/12/1973), conforme consta das respectivas certidões de óbito (f. 19-20), ou, alternativamente, consoante o pedido inicial, na Comarca de Aquidauana-MS.

Diante do exposto, contra o parecer, conheço o recurso interposto por Disney Alves Rodrigues, Elza Rodrigues da Silva e Cleide Ramos Rodrigues e dou-lhe provimento para julgar procedente o pedido inicial, e, assim, determinar:

A retificação do registro tardio de nascimento da genitora com o nome de Ana de Oliveira, lavrado em 19/12/1978, no Livro A-018, Folhas 156, Número de Ordem 7.192, no Cartório do 9º Ofício e 2ª Circunscrição do Registro Civil da Comarca de Campo Grande-MS, para constar o nome correto da registranda como sendo Ana de Oliveira Alves (nome de solteira) e incluir o nome de seu genitor como sendo André Alves;

Que se supra o registro de casamento de Manoel Vicente Rodrigues e Ana de Oliveira Alves, mediante expedição de mandado judicial ao mesmo Cartório de Registro Civil da Comarca de Campo Grande-MS, para o registro do casamento de Manoel Vicente Rodrigues, filho de Brasilino Rodrigues do Nascimento e de Etelvina Vieira Rodrigues; e Ana de Oliveira Alves, nascida no dia 12/12/1915, filha de André Alves e de Maria de Oliveira, constando que se casaram em data do ano de 1943, tendo a cônjuge mulher passado a assinar Ana Alves Rodrigues; e

A retificação do registro de óbito lavrado sob a Matrícula nº 062901.01.55.2013.4.00224.119.00940 11.13, no Cartório do 2º Ofício e 1ª Circunscrição do Registro Civil da Comarca de Campo Grande-MS (f. 20), para constar o nome correto da falecida Ana Alves Rodrigues, e o estado civil viúva, incluir o nome de seu genitor André Alves, e, no campo destinado a “observações/averbações”, retificar o prenome dos filhos Elza (e não Elsa) e Milton (e não Nilton).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 17 de outubro de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0832498-21.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INTERDIÇÃO – CURATELA – PESSOA COM DEFICIÊNCIA – PRESTAÇÃO DE CONTAS – NECESSIDADE.

Discute-se no presente recurso a necessidade de prestação de contas, em razão de curatela, por cônjuge casado sob o regime de comunhão universal de bens, na hipótese de ser o curatelado pessoa com deficiência.

Segundo o art. 1.783, do CC/02, *“quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial”*.

Na espécie, incide regra especial, relativa à pessoa com deficiência (art. 84, § 4º, da Lei 13.146, de 06/07/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência), que obriga o curador a prestar contas, anualmente, ao Juiz, apresentando o balanço do respectivo ano, incidindo, portanto, em razão dessa peculiaridade, a parte final do disposto no art. 1.783, do CC/02 (obrigação de prestação de contas por determinação judicial).

Apelação conhecida e não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 21 de novembro de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Mário Ezequiel contra sentença proferida nos Autos nº 0832498-21.2014.8.12.0001 pelo juiz da 3ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Campo Grande-MS.

Ação de interdição proposta pelo agravante Mário Ezequiel contra Maria Abadia Bernardo Ezequiel, sustentando que é cônjuge da ré, a qual passa por tratamento de grave transtorno afetivo bipolar, encontrando-se sob cuidados médicos desde 16/05/1990, com sintomas psicóticos imprevisíveis, sendo incapaz de praticar atos da vida civil. Requereu, assim, a interdição por sentença de sua esposa, bem como sua nomeação como curador definitivo (f. 01-02).

Sentença: julgou procedente o pedido de interdição, nomeando o apelante como curador da ré e determinando, ainda, que, no final de cada ano, submeta ao juízo o balanço respectivo, bem como a prestação de contas “*de dois em dois anos, ao término do exercício da curatela ou quando o Juízo achar conveniente*”.

Por fim, determinou a remessa de “*extrato da sentença ao Tribunal Regional Eleitoral*” (f. 82-83).

Embargos de declaração: opostos pelo Ministério Público Estadual, foram acolhidos parcialmente, para sanar contradição relativa à prestação de contas, determinando-se, assim, que esta deva ser realizada anualmente, conforme art. 83, § 4º, da Lei nº 13.146, de 06/07/2015 e, ainda, para suprimir “*a parte que trata de direitos políticos*” (f. 92-96).

Apelação: interposta pelo autor Mário Ezequiel, sustentando que, ao contrário do que foi determinado pela sentença apelada, por força do art. 1.783, do CC/02, “*está desobrigado de prestar contas da curatela de sua esposa, Sra. Maria Abadia Bernardo Ezequiel, em virtude de o casal ter contraído matrimônio mediante o regime de comunhão universal de bens*” (f. 104-108).

Parecer do Ministério Público: da lavra da eminente Procuradora de Justiça Irma Vieira de Santana e Anzoategui, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 123-130).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso a necessidade de prestação de contas, em razão de curatela, por cônjuge casado sob o regime de comunhão universal de bens, na hipótese de ser o curatelado pessoa com deficiência.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 03/08/2016 (f. 97-98), tendo a respectiva intimação ocorrido em 09/09/2016 (f. 101), enquanto que o presente recurso foi interposto em 19/09/2016 (f. 104-108).

Nos termos do art. 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo legal de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no art. 1.010, incisos I a IV, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (recorrente beneficiário da gratuidade judiciária – f. 15).

Prestação de contas

Sustenta o apelante que por força do art. 1.783, do CC/02, “*está desobrigado de prestar contas da curatela de sua esposa, Sra. Maria Abadia Bernardo Ezequiel, em virtude de o casal ter contraído matrimônio mediante o regime de comunhão universal de bens*” (f. 106).

Argumenta ainda que a sentença “*sem prestar a devida fundamentação judicial, genericamente determinou o dever do apelante em prestar contas e apresentar balanço ao final de cada ano de administração, algo que, com todo o respeito, mostra-se descabido*” (f. 107).

Referido dispositivo legal prevê, relativamente à curatela, que, *“quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial”*.

Segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça, o juiz poderá (deverá) decretar a prestação de contas pelo cônjuge curador, resguardando o interesse prevalente do curatelado e a proteção especial do interdito quando: a) houver qualquer indício ou dúvida de malversação dos bens do incapaz, com a periclitção de prejuízo ou desvio de seu patrimônio, no caso de bens comuns; e b) se tratar de bens incommunicáveis, excluídos da comunhão, ressalvadas situações excepcionais (REsp 1.515.701/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 31/10/2018).

Na hipótese, de fato, não foi justificada pela sentença, sob nenhum desses aspectos, a razão para a determinação excepcional de prestação de contas, de modo a se afastar a regra de que o curador, quando cônjuge casado sob o regime de comunhão universal (f. 76), está dispensado da prestação de contas.

Contudo, após a interposição de embargos de declaração, a sentença justificou, sob outro enfoque, a necessidade de prestação de contas, afirmando que:

“(...) o estatuto da pessoa com deficiência, regra especial e posterior ao código civil, que é regra geral, acabou por regulamentar especificamente a questão”, de modo que “a prestação das contas e do balanço da administração, devem ser feitas anualmente, nos termos do artigo 84, § 4º da lei 13.146/2015” (f. 97).

Com efeito, nos termos do art. 2º, da Lei 13.146, de 06/07/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), considera-se pessoa com deficiência aquela que tem:

“(...) impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

A perícia judicial realizada no curso do processo concluiu que a curatelada:

“(...) tem diagnóstico de CID-10: F31.8 - Outros transtornos afetivos bipolares, totalmente incapaz para os atos da vida civil. É alienada mental. Em tese, tal incapacidade é permanente. Nesse caso específico de Maria assoma-se ao Transtorno afetivo bipolar uma base encefalopática imutável, que piora o prognóstico da doença mental” (f. 38).

O diagnóstico, portanto, é indubitável, no sentido de que a curatelada é considerada pessoa com deficiência, já que apresenta impedimento de longo prazo de natureza mental capaz de obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O § 1º, do art. 84, da Lei 13.146, de 06/07/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), prevê que, quando necessário, *“a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”*.

Por sua vez, o § 4º, do referido dispositivo legal, estabelece que *“os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano”*.

Resta claro, portanto, que, na espécie, incide regra especial, relativa à pessoa com deficiência, que obriga o curador a prestar contas, anualmente, ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano, incidindo, portanto, em razão dessa peculiaridade, a parte final do disposto no art. 1.783, do CC/02 (obrigação de prestação de contas por determinação judicial).

Portanto, não há razão para a pretendida reforma da sentença.

Diante do exposto, contra o parecer, conheço o recurso interposto por Mário Ezequiel mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 21 de novembro de 2018.

2ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1408721-19.2018.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – SAÚDE SUPLEMENTAR – PLANO DE SAÚDE – SERVIÇO DE *HOME CARE* – HIPÓTESE DE CONVERSÃO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR EM INTERNAÇÃO DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE COBERTURA – MANUTENÇÃO DO DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR.

Controvérsia centrada na discussão acerca do preenchimento, ou não, dos requisitos legais para o deferimento de tutela provisória de natureza antecipada, destinada à determinação de fornecimento de serviço de *home care*, na modalidade internação domiciliar.

O art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294, CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou de risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada.

Em sede recursal, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada.

O Superior Tribunal de Justiça diferencia, no âmbito da denominação genérica “*home health care*” e à luz da Resolução da Diretoria Colegiada-Anvisa nº 11, de 26/01/2006, os conceitos de assistência domiciliar e internação domiciliar, consistindo a primeira (assistência domiciliar), no conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio; e a segunda (internação domiciliar), no conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada. Precedentes do STJ.

Na hipótese de conversão da internação hospitalar em internação domiciliar, há obrigatoriedade de custeio desse tratamento pela operadora de plano de saúde, sendo abusiva a cláusula contratual que importe em vedação da internação domiciliar como alternativa à internação hospitalar, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, CDC). Precedentes do STJ.

Além disso, o próprio parágrafo único, do art. 14, da Resolução Normativa-ANS nº 428, de 07/11/2017, prevê que apenas “*nos casos em que a assistência domiciliar não se dê em substituição à internação hospitalar, tal assistência deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes*”.

Agravo de instrumento conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de novembro de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0821209-52.2018.8.12.0001 pelo juiz da 9ª Vara Cível da comarca de Campo Grande-MS.

Ação: Obrigação de fazer proposta por Domingos Pavão representado por Daniela Macedo Pavão contra a agravante, sustentando que o autor possui alzheimer desde 2015, sendo que seu estado de saúde se agravou este ano, e, após internação, passou ao estado vegetativo, necessitando de cuidados de *home care* vinte e quatro (24) horas por dia.

Explica que a ré impôs diversas condições e limitações para a prestação desse serviço.

Requeru, assim, a concessão de liminar para que a ré forneça a assistência médica domiciliar *home care* integral, com equipe multiprofissional pelo período de vinte e quatro (24) horas, até que sobrevenha melhora no quadro clínico do autor, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, e, no mérito, a confirmação da tutela antecipada (f. 01-10, autos na origem).

Decisão interlocutória agravada: deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a ré forneça atendimento domiciliar integral ao autor, enquanto perdurar seu quadro clínico, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, em caso de descumprimento, limitada ao valor da causa (f. 60-63).

Agravo de instrumento: interposto pela ré Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico, sustentando, em síntese, que não possui obrigação contratual de fornecer o atendimento *home care* (internação domiciliar) ao autor na forma pretendida, embora deva ser mantido o atendimento domiciliar com fisioterapia, fonoterapia, nutricionista, médico e técnico de enfermagem, pelo período informado pela médica assistente como suficiente.

Aduz que: a) o contrato do agravado possui cláusula expressa de exclusão de cobertura de enfermagem domiciliar para acompanhamento, sendo obrigatória, tão somente, quando proveniente de transição de internação hospitalar para domiciliar, o que não seria o caso dos autos; e b) a médica assistente que acompanha os casos de internação/atendimento nos moldes pleiteados.

Requeru, assim, a concessão de efeito suspensivo ao agravo, e, no mérito, a revogação da decisão agravada (f. 01-18).

Decisão interlocutória do relator: indeferiu o requerimento para atribuição de efeito suspensivo ao presente agravo (f. 176-179).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 183-188).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Controvérsia centrada na discussão acerca do preenchimento, ou não, dos requisitos legais para o deferimento de tutela provisória de natureza antecipada, destinada à determinação de fornecimento de serviço de *home care*, na modalidade internação domiciliar.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 19/07/2018 (f. 60-63, na origem), tendo a respectiva intimação ocorrido em 31/07/2018 (f. 70, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 09/08/2018 (f. 01-18).

Nos termos do 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.016 e 1.017, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 19).

Antecipação de tutela

O art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294, CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada.

Em sede recursal, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada.

Na espécie, embora a ré-agravante sustente que o serviço de atendimento domiciliar integral tenha se dado em razão de mera liberalidade sua, por tempo determinado, apenas para transição da internação hospitalar até a estabilização do quadro clínico do paciente (f. 07) – a partir do que o paciente deveria ser atendido por cuidador, familiar ou contratado –, não está claro, das provas até agora colacionadas aos autos, que, de fato, seja essa situação do autor-agravado, sobretudo porque, em documento denominado “Plano de alta – enfermagem”, constou expressamente que a alta do paciente se dera para internação domiciliar (f. 23, na origem).

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que sustenta a ré-agravante, de fato, diferencia, no âmbito da denominação genérica “*home health care*” e à luz da Resolução da Diretoria Colegiada-Anvisa nº 11, de 26/01/2006, os conceitos de assistência domiciliar e internação domiciliar, consistindo a primeira (assistência domiciliar), no conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio; e a segunda (internação domiciliar), no conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada (REsp 1.728.042/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 08/11/2018; REsp 1.599.436/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 29/10/2018).

Na hipótese de conversão da internação hospitalar em internação domiciliar, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se, até o presente momento, no sentido de que há a obrigatoriedade de custeio desse tratamento pela operadora de plano de saúde.

Efetivamente, nessa hipótese, é considerada abusiva a cláusula contratual que importe em vedação da internação domiciliar como alternativa à internação hospitalar, visto que se revela incompatível com a

equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, inc. IV, CDC).

Isso porque o serviço de saúde domiciliar não só se destaca por atenuar o atual modelo hospitalocêntrico, trazendo mais benefícios ao paciente, pois terá tratamento humanizado junto da família e no lar, aumentando as chances e o tempo de recuperação, sofrendo menores riscos de reinternações e de se contrair infecções e doenças hospitalares, mas também, em muitos casos, é mais vantajoso para o plano de saúde, já que há a otimização de leitos hospitalares e a redução de custos: diminuição de gastos com pessoal, alimentação, lavanderia, hospedagem (diárias) e outros.

Nesse sentido: REsp 1.537.301/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 23/10/2015; REsp 1.378.707/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 15/06/2015.

A hipótese dos autos, ao que tudo indica, parece ser, justamente, a de conversão da internação hospitalar em internação domiciliar – a qual, aliás, não é excluída expressamente de cobertura pelas cláusulas restritivas informadas. Isso porque, extrai-se do relatório subscrito pela própria Médica Reguladora da ré-agravante que o autor-agravado vem de “várias internações nos últimos meses”, com “grande chance de reinternar” (f. 187, na origem), circunstância que não se coaduna, em princípio, com a de simples assistência domiciliar, caracterizada por meras atividades de caráter ambulatorial, desenvolvidas em domicílio.

A hipótese, portanto, à luz das provas amealhadas até o momento, parece ser, realmente, a de conversão da internação hospitalar em internação domiciliar, sendo que, nesse contexto, até que se ultime regular instrução probatória, não há como se revogar a decisão agravada, sobretudo porque o próprio parágrafo único, do art. 14, da Resolução Normativa-ANS nº 428, de 07/11/2017, prevê que apenas:

“(...) nos casos em que a assistência domiciliar não se dê em substituição à internação hospitalar, tal assistência deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes”.

Portanto, não deve ser provido o presente recurso.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 21 de novembro de 2018.

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1405358-24.2018.8.12.0000
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – SISTEMA DE COTAS – VAGAS DESTINADAS AOS CANDIDATOS DA RAÇA NEGRA – CANDIDATO DA COR PARDA – EXCLUSÃO NA ENTREVISTA DE VERIFICAÇÃO DA COTA RACIAL – ILEGALIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

De acordo com o artigo 1º, inciso IV, da Lei 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, a população negra é composta por pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

No âmbito do IBGE, consideram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica cor ou raça: branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia). Portanto, na categoria parda inclui-se pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça. Noutros termos, seria o mestiço de negro com pessoa de outra raça.

Por corolário, sendo o indivíduo mestiço de negro com pessoa de outra raça, assim considerado pardo, passa a ter direito a ocupar uma das vagas reservadas aos negros. Excetuam-se as pessoas de cor branca, amarela e os indígenas, que compõem outra categoria.

Restando comprovado que o impetrante é pardo, por ser mestiço de negro com pessoa de outra raça, em conformidade com o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE, há ilegalidade na decisão que o impediu de ocupar uma das vagas reservadas aos candidatos negros.

O exame do fenótipo da pessoa, assim entendido como a análise das características visíveis do candidato, não deve constituir fator decisivo a ser considerado para fins de enquadramento em cotas reservadas a pessoas da raça negra. Na realidade, a ascendência genética e análises antropológicas também constituem importantes elementos a serem considerados nessa análise, diante do objetivo central de ações afirmativas dessa natureza, que não se destinam a eliminar o racismo ou o preconceito, mas sim corrigir distorções e desigualdades na sociedade brasileira acumuladas ao longo da história.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e contra o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do relator, vencidos os Desembargadores João Maria Lós, Tânia Garcia Freitas Borges, Paschoal Carmelo Leandro e Marco André Nogueira Hanson que denegavam. Impedido o Des. Claudionor Miguel Abbs Duarte.

Campo Grande, 19 de setembro de 2018.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Evaldo de Oliveira Sobrinho contra ato praticado pelo Presidente da Comissão Organizadora do VIII Concurso Público do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na sua desclassificação como candidato preto ou pardo.

Alega em resumo que: a) inscreveu-se e foi aprovado em 4º lugar para o cargo de analista judiciário – área fim (bacharel em Direito), na cota destinada a negros e pardos (Inscrição nº 508524) do VIII Concurso Público de Provas para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, regido pelo Edital nº 01, de 04 de agosto de 2017; b) na data de 23.03.2018, foi convocado para realização da verificação da condição declarada, conforme quesito de cor utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE; c) aos 01.02.2018, compareceu ao local definido para realização da verificação; d) porém, em 08.02.2018 foi excluído do concurso em razão do parecer desfavorável da referida comissão de verificação; e) contra tal decisão, interpôs recurso administrativo, que restou desprovido pela autoridade apontada como coatora; f) há ilegalidade, *“primeiro, porque o Impetrante é pardo, possui fenótipo de pardo, segundo, porque o referido ato administrativo de indeferimento da condição de pardo para o Impetrante não foi sequer fundamentado, terceiro, porque não constou no edital qualquer especificação quanto às características fenotípicas necessárias ao deferimento da condição de pardo”*.

O pedido de liminar foi deferido (f. 110-115).

As informações foram prestadas (f. 122-140).

A Procuradoria de Justiça opina pela denegação da segurança (f. 144-160).

VOTO (EM 19/09/2018)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Evaldo de Oliveira Sobrinho contra ato praticado pelo Presidente da Comissão Organizadora do VIII Concurso Público do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na sua desclassificação como candidato preto ou pardo.

Alega em resumo que: a) inscreveu-se e foi aprovado em 4º lugar para o cargo de analista judiciário – área fim (bacharel em Direito), na cota destinada a negros e pardos (inscrição n 508524) do VIII Concurso Público de Provas para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, regido pelo Edital nº 01, de 04 de agosto de 2017; b) subsequentemente, foi convocado para realização da verificação da condição declarada, conforme quesito de cor utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE; c) aos 01.02.2018, compareceu ao local definido para realização da verificação; d) porém, em 08.02.2018 foi excluído do concurso em razão do parecer desfavorável da referida comissão de verificação; e) contra tal decisão, interpôs recurso administrativo, que restou desprovido pela autoridade apontada como coatora; f) há ilegalidade, *“primeiro, porque o Impetrante é pardo, possui fenótipo de pardo, segundo, porque o referido ato administrativo de indeferimento da condição de pardo para o Impetrante não foi sequer fundamentado, terceiro, porque não constou no edital qualquer especificação quanto às características fenotípicas necessárias ao deferimento da condição de pardo”*.

O pedido de liminar foi deferido (f. 110-115).

As informações foram prestadas (f. 122-140).

A Procuradoria de Justiça opina pela denegação da segurança (f. 144-160).

A segurança deve ser concedida.

Com o advento da Lei nº 12.288/2010, denominada “Estatuto da Igualdade Racial”, foi implementada no plano normativo federal política destinada a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica (art. 1.º), restando legalmente reconhecido o dever do Estado e da sociedade em garantir a igualdade de oportunidades a todo cidadão brasileiro independentemente da etnia ou da cor da pele (art. 2.º). Além disso, a norma passou a exigir, por parte do Estado, a implementação de medidas, programas e políticas de ação afirmativa destinadas a assegurar a igualitária participação da população negra na vida econômica, social, política e cultural do país (art. 4.º).

Seguindo tais diretrizes, foi editada da Lei nº 12.990/2014, reservando aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Cuida-se, pois, de política de ação afirmativa baseada em critério étnico-racial cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, que envolvia a adoção de cotas para negros para ingresso nas universidades públicas brasileiras.

No *decisum*, foi ressaltada a natureza transitória das políticas de ação afirmativa como a presente, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Em verdade, tais ações afirmativas não têm por objetivo central eliminar o racismo e preconceito existentes na sociedade. O alvo primeiro é estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma incorreta percepção depreciativa de raça, corrigindo-a ao longo do tempo.

A polêmica que surge é sobre quem tem direito a tais cotas no Brasil, mais precisamente com relação aos pardos, haja vista que a miscigenação de raças faz parte de formação histórica brasileira. A propósito, essa é a controvérsia instalada nestes autos.

Pois bem, de acordo com o artigo 1º, inciso IV, da Lei 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, a população negra é composta por pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Por sua vez, o art. 2.º da citada Lei nº 12.990/2014 diz que poderão concorrer, às vagas reservadas a candidatos negros, aqueles que se autodeclarem pretos ou pardos no ato da inscrição do concurso público, conforme o quesito de cor ou raça, utilizado pelo IBGE.

No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, o referido dispositivo legal foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça por intermédio da Resolução nº 203/2015, que dispõe o seguinte:

“Art. 5.º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos, no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

§ 1.º A autodeclaração terá validade somente para o concurso público aberto, não podendo ser estendida a outros certames.

§ 2.º Presumir-se-ão verdadeiras as informações prestadas pelo candidato no ato administrativa, civil e penal na hipótese de constatação de declaração falsa.

§ 3.º Comprovando-se falsa a declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua nomeação, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

Com relação ao concurso VIII Concurso Público de Provas para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, o Edital nº 02 de Retificação estabelece:

“21. São considerados negros, nos termos da Lei nº 12.990/2014, aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

21.2. Para concorrer como negro, o candidato deverá declarar essa condição no formulário de inscrição, identificando-se como de cor preta ou parda, caso contrário, não concorrerá às vagas desse grupo, mas automaticamente às vagas de ampla concorrência.

21.3. Caso seja detectada falsidade na declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

21.4. Para averiguação da condição declarada, o candidato sujeitar-se-á, depois do resultado final, à avaliação por comissão a ser designada, conforme regras que serão estabelecidas em edital próprio.

21.5. As vagas não preenchidas pelos negros serão ocupadas pelos demais candidatos habilitados, com estrita observância à ordem de classificação obtida pelos candidatos no Concurso Público.”

Subsequentemente, foi publicado o Edital 03, de 22 de janeiro de 2018, determinando o seguinte:

“1. Conforme o disposto no item 21.4, do Edital nº 02/2017, e em suas retificações, observado o quantitativo estabelecido pelo item 2 do Edital nº 01/2018, os candidatos classificados que se autodeclararam pretos ou pardos, no ato da inscrição, deverão sujeitar-se à verificação da condição declarada, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, mediante processo de verificação a ser realizado pela Comissão Especial designada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, devendo apresentar-se no local, na data e no horário estabelecidos nos itens 4.1, 4.2 e 4.3 e conforme Anexo I do presente Edital.

2. Será considerado Negro, nos termos da Lei nº 12.990/2014, o candidato que assim se declarou no ato da inscrição no VIII Concurso Público de Provas para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul e que receba parecer conclusivo favorável a tal declaração, pela Comissão Especial.

3. A Comissão Especial será composta por 3 (três) membros, sendo: 1(um) representante do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, 1(um) representante do Fórum Permanente das Entidades do Movimento Negro do Estado de Mato Grosso do Sul e 1(um) representante do Fórum Permanente de Educação e Diversidade Étnico-racial do Estado de Mato Grosso do Sul.

3.1 O processo de verificação a ser realizado pela Comissão Especial será acompanhado por 2 (duas) testemunhas designadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.”

Assim, para o candidato ocupar uma das vagas reservadas aos negros do concurso em questão, deve autodeclarar-se preto ou pardo, no ato da inscrição, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE, e, posteriormente, receber parecer conclusivo favorável emitido pela Comissão Especial.

Segundo consta da decisão impugnada, no âmbito do IBGE consideram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica cor ou raça: branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia).

Portanto, na categoria parda inclui-se pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça. Noutros termos, seria o mestiço de negro com pessoa de outra raça, o que engloba o mulato, cafuzo, caboclo e o mameluco.

Por corolário, sendo o indivíduo mestiço de negro com pessoa de outra raça, assim considerado pardo, passa a ter direito a ocupar uma das vagas reservadas aos negros do concurso em questão. Excetua-se as pessoas de cor branca, amarela e os indígenas, que compõem outra categoria.

A propósito, em recente julgado a e. 2.^a Seção Cível desta Corte adotou entendimento no sentido de que “*de acordo com o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010, artigo 4.º, parágrafo único, IV), a cor parda, juntamente com a preta, são as espécies da raça negra, não podendo, por isso, o concurso público fazer distinção entre uma e outra*” (MS nº 0843086-82.2017.8.12.0001 - Relator Des. Dorival Renato Pavan, j. 14.05.2018).

No presente caso, ao realizar o processo de verificação, a Comissão Especial designada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul concluiu que a impetrante não atende à condição declarada, sem apresentar motivação concreta (f. 74-75).

Ainda na seara administrativa, denota-se que a impetrante manejou recurso administrativo, que restou desprovido pela e. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Presidente da Comissão, o qual manteve tal parecer. A fim de facilitar o exame, transcrevo excerto da respectiva decisão:

“Ocorre que, o quesito cor ou raça, utilizado pelo IBGE, vale-se apenas pela classificação do próprio indivíduo no sentido de ser preto ou pardo para a contabilização. O fator decisivo para ter direito à cota, além de a autodeclaração, é ter a aparência de negro, de pardo (mestiço). Dessa forma é possível concluir que mais importante do que o quesito do IBGE é de fato a incidência fenotípica do candidato que o identifica como negro. (...) In casu, a comissão especial verificou que o conjunto de características fenotípicas apresentadas pelo candidato não satisfazem as exigências para aprovação no sistema de cotas, uma vez que não o definem como negro”.

Todavia, os documentos inclusos comprovam à saciedade que o impetrante é mestiço de negro com pessoa de outra raça, em conformidade com o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Ademais, as fotografias inclusas não deixam dúvidas acerca da cor parda do impetrante, padecendo de ilegalidade, portanto, a decisão que o impediu de ocupar uma das vagas reservadas aos candidatos negros.

Nas informações há menção no sentido de que “*o candidato apresenta cútis branca (rosada), lábios finos, nariz fino, cabelos ondulados, não apresenta características fenotípicas para aprovação na política de cotas do referido concurso*”.

Porém, o impetrante acostou prova infirmando tal conclusão, consistente em declaração prestada pela Presidente do Conselho Municipal dos Direitos do Negro de Três Lagoas atestando com o impetrante “*é negro, vez que possui características fenotípicas da raça negra que o identificaram como negro, tais como cabelo crespo, nariz achatado, lábios grossos, olhos escuros e cor parda*”.

É cediço que não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar o candidato. O presente caso, porém, envolve apenas correção do enquadramento racial conferido ao impetrante a partir da coloração de sua pele, inegavelmente parda.

De todo modo, os documentos de identificação civil acostados demonstram que o impetrante possui afro-descendência. Isso é relevante porque o exame do fenótipo da pessoa, assim entendido como a análise das características visíveis do candidato, não deve constituir fator decisivo a ser considerado para fins de enquadramento em tais políticas afirmativas. Na realidade, a ascendência genética e análises antropológicas também constituem importantes elementos a serem considerados nessa análise, diante do objetivo central de ações afirmativas como a examinada, que, como salientado anteriormente, não se destina a eliminar o racismo ou o preconceito, mas sim corrigir distorções e desigualdades na sociedade brasileira acumuladas ao longo da história. Aliás, o exame meramente visual, sujeito ao subjetivismo do avaliador, tem sido amplamente criticado quando utilizado como critério único para aferição da veracidade da afirmação do candidato quanto ao seu “enquadramento racial”.

Isso porque, no Brasil, não apenas o negro, mas também o indígena, o europeu e o asiático, determinaram a formação étnica do brasileiro, fornecendo elementos que plasmaram sua cultura, através dos processos de mestiçagem e aculturação que se iniciaram no começo do período colonial e se desenrolaram através dos mais de cinco séculos de nossa história.

Durante três séculos (1575-1850), foram introduzidos no Brasil milhares de escravos oriundos do litoral e do interior da África, pessoas pertencentes às mais diversas tribos e culturas.

Segundo Marconi e Presotto:

*“Acredita-se que, nos primórdios da colonização, a maioria dos escravos procedesse de locais situados acima do Equador, onde o domínio europeu desde há muito havia se implantado e onde o comércio entre brancos e negros já era tradicional. Vinham da Guiné Portuguesa, região imprecisa que se estendia para o Norte, até o Senegal, e para o Sul, até a Serra Leoa, incluindo a Guiné.” (In **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. 3. reimpre. São Paulo: Atlas, 2010, p. 273).*

Chegaram ao Brasil, portanto, negros africanos de diversos lugares e culturas.

Nesse período, verificaram-se contatos interracialis resultantes do encontro de três etnias e culturas diferenciadas: branca, negra e índia.

A miscigenação, que se processou através dos séculos, provocou o aparecimento do chamado mulato (mestiço de branco e negro) e do cafuzo (mestiço de negro e índio), tipos intermediários entre senhores e escravos, característicos da sociedade agrária da época colonial.

Como resultado da miscigenação, o negro puro está desaparecendo e a população, embranquecendo, de sorte que a tendência é a de predominar um tipo nem branco nem negro, mas mulato, pardo ou moreno, dificultando, assim, a classificação de cor na sociedade brasileira.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já exarou que:

“A classificação de cor na sociedade brasileira, por força da miscigenação, torna-se difícil, mesmo para o etnólogo ou antropólogo. A exata classificação dependeria de exames morfológicos que o leigo não poderia proceder. Até mesmo com relação aos amarelos, é difícil caracterizar o indivíduo como amarelo apenas em função de certos traços morfológicos, os quais permanecem até a 3ª e 4ª gerações, mesmo quando há cruzamentos. Com relação ao branco, preto e pardo a dificuldade é ainda maior, pois o julgamento do pesquisador está relacionado com a cultura regional. Possivelmente o indivíduo considerado como pardo no Rio Grande do Sul, seria considerado branco na Bahia, na segura observação da Professora Aparecida Regueira (As Fontes Estatísticas em Relações Raciais e a Natureza da Investigação do Quesito Cor nas Pesquisas Sobre a População no Brasil: Contribuição para o Estudo das Desigualdades Raciais na Educação. Site IBGE)” (STJ, AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 31/05/2017). Vale mencionar que esse julgado foi citado pelo e. Des. Dorival Renato Pavan em seu judicioso voto exarado no MS nº 0843086-82.2017.8.12.0001.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho o voto no sentido de conceder a segurança em favor de Evaldo de Oliveira Sobrinho a fim de tornar insubsistente a decisão proferida pelo Presidente da Comissão Organizadora do VIII Concurso Público do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, assegurando-lhe a continuidade no certame na classificação de cotas raciais para negros.

O Sr. Des. João Maria Lós. (2º Vogal)

Hei por bem divergir do e. Relator.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Evaldo de Oliveira Sobrinho em face de ato do Presidente da Comissão do VIII Concurso Público de provas para estrutura funcional do Poder Judiciário do Estado de MS, Estado de Mato Grosso do Sul, apontando como ato coator a sua desclassificação como candidato negro ou pardo.

O objeto dos presentes autos diz respeito à análise acerca da existência de direito líquido e certo quanto a permanência do Impetrante na lista de classificação como candidato negro da cor parda, no VIII Concurso Público do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul.

Afere-se da inicial que o impetrante pretende a anulação da decisão de f. 87-92, proferida pelo Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, na qualidade de Presidente da Comissão Examinadora do VII Concurso Público de Provas para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul que, em sede recursal, ratificou decisão da Comissão Especial, acenando para o não enquadramento do impetrante na condição de pessoa preta ou parda com base no fenótipo.

O artigo 1º, da Lei nº 12.016/09 é cristalino ao preceituar:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Ensina Gilmar Mendes que *“o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração¹”.*

E no caso em testilha, a Comissão Especial do Concurso, designada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, excluiu o candidato por entender que não apresentava fenótipo compatível com os afrodescendentes.

Inicialmente, cumpre assentar que a decisão administrativa que excluiu o candidato do concurso observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, além de seguir estritamente os preceitos da Lei nº 12.990/2014 e as previsões do edital do certame. Senão vejamos.

Com o advento da Lei 12.990, de 09 de junho de 2014, criou-se a obrigatoriedade de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos, no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, controlas pela União, serem reservadas aos candidatos negros.

De acordo com o artigo 2º, do mesmo diploma legal, poderão concorrer, às vagas reservadas a candidatos negros, aqueles que se autodeclarem pretos ou pardos no ato da inscrição do concurso público, conforme o quesito de cor ou raça, utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, nestes termos:

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE.

Nesse passo, estabeleceu o Edital nº 02 de Retificação do Edital de Abertura Do VII Concurso Público de Provas Para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, publicado em 7/3/2017, o seguinte:

“21. São considerados negros, nos termos da Lei nº 12.990/2014, aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

21.2. Para concorrer como negro, o candidato deverá declarar essa condição no formulário de inscrição, identificando-se como de cor preta ou parda, caso contrário, não concorrerá às vagas desse grupo, mas automaticamente às vagas de ampla concorrência.

21.3. Caso seja detectada falsidade na declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 357

21.4. Para averiguação da condição declarada, o candidato sujeitar-se-á, depois do resultado final, à avaliação por comissão a ser designada, conforme regras que serão estabelecidas em edital próprio.

21.5. As vagas não preenchidas pelos negros serão ocupadas pelos demais candidatos habilitados, com estrita observância à ordem de classificação obtida pelos candidatos no Concurso Público.”

Assim, para que o candidato pudesse ingressar no serviço público, oferecido pelo Tribunal de Justiça, ele deveria preencher o requisito de ser de cor negra ou parda, conforme o quesito cor ou raça, utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Sobre o quesito usado pelo IBGE, consultando o *site* do instituto denominado Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios PNAD, verifica-se:

“Capítulo I

Conceituação das Características Investigadas:

“Características das famílias Família Condição na família Características gerais e de migração Idade Cor ou raça Naturalidade em relação ao município e à Unidade da Federação. Tem-se, para tanto, a seguinte descrição:

Consideraram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica cor ou raça: branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia)”.

Portanto, conclui-se que o IBGE se utiliza do mesmo critério que a Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014, qual seja, a autodeclaração.

Entretanto, a autodeclaração do candidato, no ato de inscrição do certame, para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, não é absoluta, sendo passível de verificação por procedimento administrativo, que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 12.990/2014, assim dispõe:

“Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

Por sua vez, o item 5 do Edital nº 3 de 22 de janeiro de 2018, é bastante claro no sentido de que os candidatos que tiverem sua condição de afrodescendente negada, deverão ser enquadrados nas regras de classificação geral do certame, inclusive no que tange às notas mínimas para aprovação, razão pela qual, são passíveis de exclusão do certame.

In casu, não houve ilegalidade no procedimento administrativo, que concluiu que “o conjunto de características fenotípicas não satisfazem as exigências para aprovação no sistema de cotas, uma vez que não o definem como negro” (f. 91).

Importa ressaltar, ainda, que na avaliação fenotípica do candidato, não são avaliados a origem genética do candidato, até porque, o preconceito e a discriminação existentes na sociedade não têm origem em diferenças de genótipo humano, mas sim em elementos fenotípicos (de aparência) de indivíduos e grupos sociais.

A legislação de regência utiliza como critério para o enquadramento na condição de preto ou pardo o fenótipo do declarante, assim compreendida a manifestação visível ou detectável de um genótipo, isto é, as características próprias visíveis do candidato; são as características físicas do impetrante, e não de seus ascendentes, que devem ser consideradas. Assim sendo, a ascendência genética não basta, por si só, para se comprovar o direito a se inscrever pelo sistema de cotas raciais.

É importante destacar aqui, que a demonstração do histórico racial do impetrante (genótipo) é questão que demandaria dilação probatória e, por tal razão, se revela incompatível com o rito do mandado de segurança.

O mesmo deve ser dito acerca dos critérios legais de avaliação (genotípico ou fenotípico): o mandado de segurança não é meio idôneo para afastar ofensa em tese, e não se presta para discutir as escolhas políticas concretizadas no texto da lei.

Nesse sentido, vale colacionar alguns julgados:

“MANDADO DE SEGURANÇA – ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE AFRODESCENDENTE DE CANDIDATA EM CONCURSO PÚBLICO – QUESTIONAMENTO EM TORNO A DECISÃO DA COMISSÃO DO CERTAME QUE DESCLASSIFICOU A IMPETRANTE EM RAZÃO DE NÃO PREENCHER OS REQUISITOS PARA O PREENCHIMENTO DE VAGA DESTINADA A AFRODESCENDENTE – PRELIMINARES – AFASTADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DA BANCA EXAMINADORA – OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECADENCIAL PARA A IMPETRAÇÃO DO “MANDAMUS” – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NÃO CONFIGURADA – MÉRITO – ATO ADMINISTRATIVO – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – VIA MANDAMENTAL INADEQUADA PARA AFERIR A CERTEZA SOBRE O TEMA, DADA A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA O QUE É INVIÁVEL O ENFRENTAMENTO NO REMÉDIO HERÓICO – DECISÃO IMPUGNADA FUNDAMENTADA E QUE ATENDE OS REQUISITOS LEGAIS E CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO EDITAL – ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA – SEGURANÇA DENEGADA.” (TJPR - Órgão Especial - MSOE 0506373-2 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Sérgio Arenhart - Unânime - J. 21.05.2010).

“MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE ESCRIVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO – PRETENSÃO DE RETRATAÇÃO QUANTO À OPÇÃO FEITA PARA CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS ÀS PESSOAS NEGRAS – RECURSO ADMINISTRATIVO INDEFERIDO PELO PRESIDENTE DA COMISSÃO EXAMINADORA – INEXISTÊNCIA DE DECISÃO TERATOIDE E/OU ILEGAL – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADA – SEGURANÇA DENEGADA.” (Agravado de Instrumento nº 2243544-30.2017.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, Colenda 13ª Câmara de Direito Público, j. 28/03/18)

EMENTA – DIREITO ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO – COTA RACIAL – SUBCOMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AFRODESCENDÊNCIA – EXCLUSÃO DO CANDIDATO, POR NÃO APRESENTAR AS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO ART. 4º DA LEI Nº 14.273/2003 – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – CRITÉRIOS POLÍTICOS DO LEGISLADOR QUE NÃO PODEM SER DISCUTIDOS NO ÂMBITO DO PRESENTE

“WRIT” – COR “NEGRA” OU “PARDA” NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. a) O critério legal estabelecido na Lei 14273/2003 para a verificação da afrodescendência justo ou não, adequado ou não, considera o fenótipo do indivíduo que se declara afrodescendente, e não suas origens familiares, sendo evidente que a auto-declaração do candidato não veda a verificação do conteúdo declarado, pelos membros da Banca do Concurso. b) Sendo o critério o fenótipo e não o genótipo do indivíduo, não servem como prova a juntada de fotografias de ascendentes e outros familiares negros ou pardos, se nelas não se constata, “ictu oculi”, a mesma característica no candidato que se declarou afrodescendente. c) Tampouco pode ser tida como prova pré-constituída a declaração unilateral, emitida por Instituição privada de Ensino Superior, que informa ter o apelado se declarado “pardo” para fins de ingresso no sistema de cotas, mormente se essa qualidade seja na cor da pele, seja em traços faciais característicos não é observada na cópia da cédula de identidade juntada. 2) Apelo a que se dá provimento. Reexame necessário prejudicado. (TJPR - 5ª C.Cível - ACR - 843110-1 - Curitiba - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - J. 27.03.2012)

E ainda, o recente entendimento desde Órgão Especial em caso análogo:

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – SISTEMA DE COTAS – CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO FENOTÍPICA – LEGALIDADE – NÃO ENQUADRAMENTO DO CANDIDATO NOS REQUISITOS PARA INCLUSÃO NA LISTA DE COTAS RACIAIS – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA.

1- A autodeclaração do candidato, no ato de inscrição do certame, para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, não é absoluta, sendo passível de verificação por procedimento administrativo, que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa.

2- Na avaliação fenotípica do candidato, não são avaliados a origem genética do candidato, até porque, o preconceito e a discriminação existentes na sociedade não têm origem em diferenças de genótipo humano, mas sim em elementos fenotípicos (de aparência) de indivíduos e grupos sociais.

3- Caso concreto em que o candidato foi submetido à verificação pela Comissão Especial do Certame, que considerou que o seu conjunto de características fenotípicas não satisfazem as exigências para aprovação no sistema de cotas, uma vez que não o definem como negro. (Mandado de Segurança - Nº 1403993-32.2018.8.12.0000 - Tribunal De Justiça; Órgão Especial; Relator: Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson; j: 20 de junho de 2018)

Neste contexto, não havendo nos autos a prova do direito líquido e certo do impetrante, tampouco a existência de ato ilegal, tem-se que o seu pedido deve ser julgado improcedente, denegando-se a segurança pleiteada.

Dispositivo final

Ante ao exposto, divirjo do e. Relator e, com o parecer, voto pela denegação da segurança.

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hansonº (9º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e contra o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do relator, vencidos os Desembargadores Lós, Tânia, Paschoal e Marco André que denegavam. Impedido o Des. Claudionor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maranhão

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 19 de setembro de 2018.

Órgão Especial**Direta de Inconstitucionalidade nº 2000514-95.2018.8.12.0900 - Tribunal de Justiça****Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

EMENTA–AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE–LEI COMPLEMENTAR DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – MEDIDA CAUTELAR – NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO CONCOMITANTE DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA* – LIBERAÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO E DE CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS NOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL – COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO CONSUMIDOR E SOBRE DESPORTO – AUSÊNCIA DE INTERESSE LOCAL DO MUNICÍPIO QUE JUSTIFIQUE A LEGISLAÇÃO SUPLEMENTAR – PROBABILIDADE DO DIREITO EVIDENCIADA. INEXISTÊNCIA DE RISCO À SEGURANÇA DA POPULAÇÃO EM EVENTOS ESPORTIVOS – ATO NORMATIVO IMPUGNADO VIGORANDO HÁ MAIS DE 2 (DOIS) ANOS – AUSÊNCIA DO PERIGO DO DEMORA – CAUTELAR INDEFERIDA.

Para a concessão de medida cautelar em ação direta de constitucionalidade mister, como nas demais medidas liminares em geral, o preenchimento concomitante dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

No caso em julgamento, não obstante a probabilidade do direito alegado estar evidenciada, o perigo da demora não se encontra presente, porquanto o ato normativo impugnado está em vigor há mais de 2 (dois) anos, bem como não há comprovação de que a manutenção dos efeitos da norma questionada esteja causando risco à segurança dos frequentadores dos eventos esportivos locais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, indeferir a liminar, nos termos do voto do relator, vencidos os Desembargadores Sideni, Paschoal, Luiz Gonzaga, Eduardo e Marcelo, contra o parecer. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Tânia. Absteve-se de votar o Des. Julizar, por ausência no início do julgamento.

Campo Grande, 17 de outubro de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de direta de inconstitucionalidade interposta pelo Ministério Público Estadual buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016, do Município de Campo Grande.

O autor alega, em síntese, que:

“ (i) Consta do Procedimento Administrativo nº 09.2017.00004231-2, que a Lei Municipal nº 283, de 24 de maio de 2016, afronta diretamente dispositivos constantes da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, conforme segue: Lei Complementar Nº 283, de 24 de Maio de 2016. Fica liberada a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no Município de Campo Grande-MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos.”; (ii) “A Lei Municipal nº 283/2016, da forma como editada, afronta diretamente preceitos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que extrapola competência da União, na medida em que a competência legislativa dos municípios é meramente suplementar em relação ao consumo e desporto.”; (iii) “Nota-se que a Constituição da República Federativa do Brasil preconizou regras sobre o tema da repartição de competências legislativas que devem ser respeitadas pelos entes administrativos estatais para manutenção e ordem do Pacto Federativo, atribuindo à União a primazia na elaboração de normas gerais de interesse nacional, estabelecendo diretrizes que devem ser adotadas pelos demais entes federados. Portanto, vale ressaltar que, conforme o art. 24 da Constituição Federal, cabe à União editar normas gerais e aos Estados e Distrito Federal complementá-las ou exercer competência legislativa plena para atender suas peculiaridades no caso de ausência daquelas normas gerais. Quanto aos municípios, nos termos do art. 30, II, da Constituição Federal e art. 17 da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, compete legislar, no que couber, apenas de forma suplementar à legislação federal e Estadual. E foi com base nessa prerrogativa que a União editou a Lei nº 10.671/2003, denominada “Estatuto do Torcedor”, dispondo a respeito de normas gerais de proteção e defesa do consumidor torcedor, inclusive, proibindo expressamente o porte de bebidas que possam incitar a prática de atos de violência no âmbito do recinto esportivo. Com o mesmo enfoque, a União editou o Decreto nº 6.117, publicado no dia 22 de maio de 2007. Nesse ato legislativo, foi aprovada a Política Nacional sobre o Álcool, dispondo sobre medidas para a redução do seu uso indevido e sua associação com a violência e criminalidade.”; (iv) “Assim, no exercício de sua competência concorrente para regular matéria atinente a consumo e desporto, a União, por meio do Estatuto do Torcedor, além de proibir expressamente a entrada e a permanência de torcedores portando bebidas alcóolicas em qualquer recinto esportivo, ainda aprovou a Política Nacional sobre o Álcool, por meio do Decreto nº 6.117/2007, estimulando medidas de restrição espacial e temporal do consumo de álcool em locais de maior vulnerabilidade a situações de violência, como é o caso de locais destinados a competições esportivas de massa, aí se incluindo os estádios de futebol do Município de Campo Grande. Desta feita, salienta-se que, existindo normas gerais acerca do tema consumo e desporto, ao município cabe tão somente legislar sobre questões pontuais em que a legislação federal ou estadual se revele inexistente ou insuficiente, isto é, compete ao município suplementar a legislação editada pela União. Ocorre que a Lei Municipal nº 283/2016, ao autorizar o consumo de bebidas alcóolicas nos estádios de futebol de Campo Grande, contraria disposições previstas na Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como o Estatuto do Torcedor, razão pela qual sua inconstitucionalidade deve ser declarada por este Tribunal de Justiça.”; (v) “Sob outra perspectiva, ao permitir a comercialização e o consumo de bebidas alcóolicas nas dependências dos estádios de futebol do Município de Campo Grande, a norma impugnada traduz nítido retrocesso social na proteção do direito fundamental à segurança, na medida em que o uso dessas substâncias está manifestamente relacionado ao aumento de violência e criminalidade. A Lei Municipal nº 283/2016, além de mostrar-se inconstitucional sob o aspecto formal por afronta direta a ordem constitucional, desprezando normas gerais editadas pela União em matéria de consumo e desporto, ainda se encontra materialmente em descompasso com a Carta Estadual”.

Ao final, requer

“Seja recebida e autuada a presente ação direta de inconstitucionalidade para o fim de: 1) ser concedida a medida cautelar, inaudita altera pars, para suspender liminarmente a eficácia da Lei Complementar do Município de Campo Grande nº 283/2016, até o julgamento final da lide, em atenção à presença do periculum in mora, do fumus boni iuris e de alta conveniência; 2) serem notificadas as autoridades municipais responsáveis pela promulgação e publicação da lei impugnada para que, querendo, prestem informações dentro do prazo legal; 3) ser citado o Procurador-Geral do Município de Campo Grande para que, querendo, ofereça defesa da norma, no prazo de 15 (quinze) dias (RITJMS, art. 520); 4) ao final, ser julgado procedente o pedido visando declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar do Município de Campo Grande nº 283/2016, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, em razão de violações aos arts. 17, II, 40 e 204, todos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.”

Acerca da medida liminar, o Município de Campo Grande manifestou-se às f. 52-58, pelo indeferimento da liminar.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às f. 65-71, *“deferimento do pedido cautelar formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, suspendendo-se a eficácia da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016, do Município de Campo Grande.”*

VOTO (EM 19/09/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como visto, de ação direta de inconstitucionalidade interposta pelo Ministério Público Estadual, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016, do Município de Campo Grande.

O autor alega, em síntese, que:

(i) “Consta do Procedimento Administrativo nº 09.2017.00004231-2, que a Lei Municipal nº 283, de 24 de maio de 2016, afronta diretamente dispositivos constantes da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, conforme segue: Lei Complementar nº 283, de 24 de Maio de 2016. Fica liberada a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no Município de Campo Grande-MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos.”; (ii) “A Lei Municipal nº 283/2016, da forma como editada, afronta diretamente preceitos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que extrapola competência da União, na medida em que a competência legislativa dos municípios é meramente suplementar em relação ao consumo e desporto.”; (iii) “Nota-se que a Constituição da República Federativa do Brasil preconizou regras sobre o tema da repartição de competências legislativas que devem ser respeitadas pelos entes administrativos estatais para manutenção e ordem do Pacto Federativo, atribuindo à União a primazia na elaboração de normas gerais de interesse nacional, estabelecendo diretrizes que devem ser adotadas pelos demais entes federados. Portanto, vale ressaltar que, conforme o art. 24 da Constituição Federal, cabe à União editar normas gerais e aos Estados e Distrito Federal complementá-las ou exercer competência legislativa plena para atender suas peculiaridades no caso de ausência daquelas normas gerais. Quanto aos municípios, nos termos do art. 30, II, da Constituição Federal e art. 17 da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, compete legislar, no que couber, apenas de forma suplementar à legislação federal e Estadual. E foi com base nessa prerrogativa que a União editou a Lei nº 10.671/2003, denominada “Estatuto do Torcedor”, dispondo a respeito de normas gerais de proteção e defesa do consumidor torcedor, inclusive, proibindo expressamente

o porte de bebidas que possam incitar a prática de atos de violência no âmbito do recinto esportivo. Com o mesmo enfoque, a União editou o Decreto nº 6.117, publicado no dia 22 de maio de 2007. Nesse ato legislativo, foi aprovada a Política Nacional sobre o Alcool, dispondo sobre medidas para a redução do seu uso indevido e sua associação com a violência e criminalidade.”; (iv) “Assim, no exercício de sua competência concorrente para regular matéria atinente a consumo e desporto, a União, por meio do Estatuto do Torcedor, além de proibir expressamente a entrada e a permanência de torcedores portando bebidas alcóolicas em qualquer recinto esportivo, ainda aprovou a Política Nacional sobre o Alcool, por meio do Decreto nº 6.117/2007, estimulando medidas de restrição espacial e temporal do consumo de álcool em locais de maior vulnerabilidade a situações de violência, como é o caso de locais destinados a competições esportivas de massa, aí se incluindo os estádios de futebol do Município de Campo Grande. Desta feita, salienta-se que, existindo normas gerais acerca do tema consumo e desporto, ao município cabe tão somente legislar sobre questões pontuais em que a legislação federal ou estadual se revele inexistente ou insuficiente, isto é, compete ao município suplementar a legislação editada pela União. Ocorre que a Lei Municipal nº 283/2016, ao autorizar o consumo de bebidas alcóolicas nos estádios de futebol de Campo Grande, contraria disposições previstas na Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como o Estatuto do Torcedor, razão pela qual sua inconstitucionalidade deve ser declarada por este Tribunal de Justiça.”; (v) “Sob outra perspectiva, ao permitir a comercialização e o consumo de bebidas alcóolicas nas dependências dos estádios de futebol do Município de Campo Grande, a norma impugnada traduz nítido retrocesso social na proteção do direito fundamental à segurança, na medida em que o uso dessas substâncias está manifestamente relacionado ao aumento de violência e criminalidade. A Lei Municipal nº 283/2016, além de mostrar-se inconstitucional sob o aspecto formal por afronta direta a ordem constitucional, desprezando normas gerais editadas pela União em matéria de consumo e desporto, ainda se encontra materialmente em descompasso com a Carta Estadual”.

Requer, ao final:

“seja recebida e autuada a presente ação direta de inconstitucionalidade para o fim de: 1) ser concedida a medida cautelar, inaudita altera pars, para suspender liminarmente a eficácia da Lei Complementar do Município de Campo Grande nº 283/2016, até o julgamento final da lide, em atenção à presença do periculum in mora, do fumus boni iuris e de alta conveniência; 2) serem notificadas as autoridades municipais responsáveis pela promulgação e publicação da lei impugnada para que, querendo, prestem informações dentro do prazo legal; 3) ser citado o Procurador-Geral do Município de Campo Grande para que, querendo, ofereça defesa da norma, no prazo de 15 (quinze) dias (RITJMS, art. 520); 4) ao final, ser julgado procedente o pedido visando declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar do Município de Campo Grande nº 283/2016, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, em razão de violações aos arts. 17, II, 40 e 204, todos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Acerca da medida liminar, o Município de Campo Grande manifestou-se às f. 52-58, pugnano pelo indeferimento da liminar.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às f. 65-71, pelo “deferimento do pedido cautelar formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, suspendendo-se a eficácia da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016, do Município de Campo Grande.”

Indefiro a medida cautelar pleiteada.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a análise da presente arguição, neste momento, cinge-se apenas em verificar a existência ou não dos pressupostos que autorizam a concessão da cautelar pleiteada, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

É de se anotar, ademais, que, para o deferimento da medida antecipatória, necessário o preenchimento concomitante dos requisitos supramencionados, sob pena de não deferimento da liminar. A propósito, eis o precedente:

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA LEI MUNICIPAL Nº 225/2014 – AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA (PERICULUM IN MORA) – PEDIDO CAUTELAR INDEFERIDO. A concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade deve estar amparada na plausibilidade do direito material invocado (fumus boni iuris) e no perigo da demora (periculum in mora). Ausente um dos requisitos, o indeferimento do pedido cautelar é medida que se impõe.¹

Pois bem. A norma impugnada possui a seguinte redação:

Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016.

Fica liberada a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no Município de Campo Grande-MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos.

O Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande. Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu promulgo a seguinte lei complementar:

Art. 1º Fica liberada a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no Município de Campo Grande MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos com os seguintes dizeres: “bebida e direção não combinam” ou “se beber não dirija”. (grifei)

[...]

Art. 6º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação. Campo Grande-MS, 24 de maio de 2016.

Prof. João Rocha

Presidente. (grifo nosso)

No caso em apreço, verifico estar presente a probabilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*), porquanto, em uma análise perfunctória da matéria, infere-se que a norma impugnada extrapola os limites da competência do município em legislar de forma suplementar ao que dispõe a legislação federal e estadual.

Ademais, o art. 24, incisos V e IX, da Constituição Federal², estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre consumo e desporto, não sendo possível aos municípios legislar sobre o tema, sob pena de inconstitucionalidade da norma.

¹ TJMS. Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2000009-59.2016.8.12.0000. Rel. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento 19.10.2016.

² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar

concorrentemente sobre: V - produção e consumo; (...) IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; (...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Aliada a essas premissas, infere-se, a princípio, que a norma impugnada invade a competência da União ao dispor sobre matéria de forma contrária ao que legisla o ente federativo nacional, eis que a União editou a Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor) que dispõe sobre normas gerais de proteção e defesa do consumidor torcedor, proibindo expressamente o consumo de bebidas que possam incitar a prática de atos de violência no âmbito desportivo.³

Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.639, de 03 de fevereiro de 2016, do Município de Araraquara, que “dispõe sobre a comercialização de cerveja nas dependências de estádios de futebol, conjuntos poliesportivos e praças desportivas no município e dá outras providências”. Usurpação da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo. Ausência, ademais, de interesse local específico a justificar a edição da norma municipal impugnada. Afronta aos artigos 24, inciso V, e 29, “caput”, ambos da Constituição Federal, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente para declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 8.639, de 03 de fevereiro de 2016, do Município de Araraquara.⁴

Não obstante encontrar-se presente o *fumus boni iuris*, como visto, o fato é que não se encontra presente o outro requisito necessário à concessão da medida ora postulada, qual seja, o *periculum in mora*. Referido requisito traduz-se no receio que a demora da decisão judicial cause dano grave ou de difícil reparação ao direito ou ao bem tutelado.

Analisando-se os autos, não vislumbro nenhuma demonstração no sentido de que a manutenção dos efeitos da norma impugnada possa causar risco à segurança da população em eventos esportivos.

Outrossim, é de se notar que a referida norma data de 24.5.2016, com entrada em vigor na data de sua publicação, a qual ocorreu em 30.5.2016 (Diogrande nº 4579).

Ou seja, supracitada lei está em vigência há mais de 2 (dois) anos, não sendo possível afirmar que encontra-se presente o *periculum in mora* necessário à concessão da medida pretendida.

Em caso análogo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5510/PR, o ministro relator, Roberto Barroso, consignou que:

Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, o deferimento de medida liminar pressupõe a presença de dois pressupostos: i) a verossimilhança do direito alegado e ii) o perigo na demora em se obter provimento judicial (ADI 2.333 MC, Rel. Minº Marco Aurélio). Também de acordo com a jurisprudência desta Corte, salvo em hipóteses excepcionais, o transcurso de longo prazo desde a vigência da norma atacada constitui indício relevante da inexistência do segundo requisito, a justificar o indeferimento da liminar postulada (ADI 1.935, Rel. Minº Marco Aurélio). No mesmo sentido: ADI 5.236 e ADI 5.519, ambas de minha relatoria. (Grifei)

Confira-se a ementa do julgamento em que foi negada a liminar suprarreferida:

3 Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei: (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

(...)
II - não portar objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência; (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

4 TJ-SP - ADI: 20991168620168260000 SP 2099116-86.2016.8.26.0000, Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 15/02/2017, Órgão Especial, Data de Publicação: 23/02/2017.

PROCESSO CONSTITUCIONAL – ADI – PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR – ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS EM VIGOR HÁ MAIS DE 6 ANOS – AUSÊNCIA DE PERIGO NA DEMORA – PRECEDENTES. 1. Os dispositivos primeiramente impugnados pertencem à Lei Complementar nº 131, de 29.09.2010, do Estado do Paraná, e a presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada apenas este ano, após quase seis anos de vigência da lei. Ademais, a Lei Complementar nº 92, do mesmo Estado, e que poderia ser repristinada, é de 05.07.2002. Nestas circunstâncias, os argumentos apresentados pela requerente não se prestam a justificar o deferimento de medida cautelar, por ausência do periculum in mora, consoante jurisprudência desta Corte. Precedentes. 2. Liminar indeferida.

Este Órgão Especial teve, inclusive, a oportunidade de julgar hipótese semelhante, em que entendeu estar ausente o perigo da demora na medida em que a lei impugnada estava em vigor há mais de 2 (dois) anos, lapso de tempo muito parecido ao do presente caso. Na oportunidade, o referido acórdão restou assim ementado:

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA LEI MUNICIPAL Nº 225/2014 – AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA (PERICULUM IN MORA) – PEDIDO CAUTELAR INDEFERIDO. A concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade deve estar amparada na plausibilidade do direito material invocado (fumus boni iuris) e no perigo da demora (periculum in mora). Ausente um dos requisitos, o indeferimento do pedido cautelar é medida que se impõe.⁵

Ante o exposto, em vista da ausência do *periculum in mora*, contra o parecer, indefiro o pedido cautelar.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 17/10/2018 em face do pedido de vista Des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator, acompanhado pelo Des. Claudionor Miguel Abss Duarte indeferir a medida cautelar. Os demais aguardam. Ausente justificadamente, o Des. Julizar Barbosa Trindade.

VOTO (EM 17/10/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de estudo da matéria veiculada nesta ação de controle abstrato de constitucionalidade.

Trata-se de pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016, do Município de Campo Grande, que dispõe sobre a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados em sua circunscrição.

O eminente relator, Desembargador Sérgio Fernandes Martins, indeferiu o pedido de concessão da medida já que, em seu entendimento, apesar de presente o *fumus boni iuris*, estaria ausente o *periculum in mora*, pois não vislumbra prejuízo decorrente da vigência da lei impugnada até o julgamento final da lide, mormente por já estar em vigor há mais de 2 (dois) anos.

⁵ TJMS. Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2000009-59.2016.8.12.0000. Rel. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento 19.10.2016.

Consoante delimitado, a norma impugnada liberou a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no Município de Campo Grande/MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público até o final da partida, caso servidas em copos plásticos.

Alinho-me ao posicionamento adotado por Sua Excelência quanto à probabilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*), tendo em vista que a edição da lei impugnada evidencia que o legislador municipal extrapolou os limites de sua competência legislativa suplementar e invadiu a competência da União, na medida em que contrariou tema especificamente abordado na legislação federal.

Com efeito, tendo a União editado a Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor), proibindo expressamente o consumo de bebidas que possam incitar a prática de atos de violência no âmbito desportivo, estabeleceu norma geral sobre consumo e desporto, no exercício de sua competência legislativa prevista no art. 24, incisos V e IX, da CF, de modo que competiria ao município apenas suplementar referido diploma legislativo federal no interesse local e desde que não o contrarie (art. 30, II, da CF, e arts. 1º, V, 13 e 17, I e II, da CE).

Nesse sentido, inclusive, vale ressaltar que diversas outras ações de controle abstrato de constitucionalidade foram ajuizadas contra dispositivos legais estaduais e municipais de conteúdo similar à Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016, do Município de Campo Grande.

O Tribunal de justiça do Estado de São Paulo decidiu:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 6.021, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE SERTÃOZINHO – LEGISLAÇÃO QUE DISPÕE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE CERVEJA NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTÁDIOS DE FUTEBOL E PRAÇAS DESPORTIVAS NO MUNICÍPIO DE SERTÃOZINHO – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO E DO ESTADO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO E DESPORTO (ARTIGO 24, INCISOS V E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – AFRONTA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO (ARTIGOS 1º E 144, DA CARTA BANDEIRANTE) – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE É COMPOSTO POR ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE “STRICTU SENSU”, O QUE EXIGE A ANÁLISE DA NORMA EM RELAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL POR ELA ATINGIDO POR RESTRIÇÃO AO SEU EFETIVO EXERCÍCIO, OU, ENTÃO, SEU TANGENCIAMENTO – A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA MALFERE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, SOB O VIÉS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SEGURANÇA E À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 1º, III E 144, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – PEDIDO PROCEDENTE.” (ADIn nº 2.127.169-77.2016.8.26.0000 0 v.u. j. de 09.11.16 Rel. Des. RICARDO ANAFE).

Nesse precedente, foi concedida a medida cautelar:

“AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE LIMINAR – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO, NA FORMA PRETENDIDA, – RECURSO IMPROVIDO.” (TJSP; Agravo Regimental 2095257-28.2017.8.26.0000; Relator (a): Antonio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 02/08/2017; Data de Registro: 04/08/2017)

Ainda,

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 5.243, DE 29 DE JANEIRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE BARRETOS – DISPÕE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE CERVEJAS DEPENDÊNCIAS DE ESTÁDIO DE FUTEBOL, CONJUNTOS POLIESPORTIVOS E PRAÇAS DESPORTIVAS NO MUNICÍPIO DE BARRETOS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – DISPOSIÇÕES SOBRE CONSUMO E DESPORTO, TEMAS RESERVADOS À COMPETÊNCIA NORMATIVA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL – OFENSA, TAMBÉM, AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 1º, 111 E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE.” (ADIn nº 2121804-42.2016.8.26.0000 v.u. j. de 26.10.16 Rel. Des. Borelli Thomaz).

Neste último julgado também foi concedida a medida cautelar, em decisão monocrática irrecorrida.

Noutro vértice, *concessa máxima venia* aos ilustre pares que me antecederam, entendo que no caso em apreço está presente também o *periculum in mora*, na medida em que, apesar de decorrido tempo considerável desde a edição do ato normativo impugnado, a suspensão cautelar da eficácia de preceito normativo pode ter por fundamento razões de conveniência ditadas pela necessidade de se preservar a incolumidade social.

Na hipótese veiculada nos autos a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*) se evidencia patente, pois enquanto não for suspensa a eficácia da lei impugnada, a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no município continuarão ocorrendo, circunstância que maximiza o risco à integridade e à vida dos torcedores, já que notórias as situações de violência e criminalidade associadas à hostilidade verificadas neste ambiente, inegavelmente potencializadas quando em associação à bebida alcoólica.

Nesse sentido, as relevantes considerações do sociólogo Maurício Murad, em obra intitulada “*A Violência e o Futebol: Novas Pesquisas, Novas Ideias, Novas Propostas*”:

“Todas as pesquisas médicas, das associações de medicina no Brasil e na América Latina, afirmam que o etanol, da composição química do álcool, reduz a censura e autocrítica, facilitando muitas vezes comportamentos exagerados, agressivos e até violentos, que ultrapassam limites. A violência no futebol (e não do futebol) é um fenômeno psicossocial amplo, multifatorial, com várias causas associadas. Não se pode dizer que o álcool é causa única, mas que é mais uma das causas, isto é, o álcool ajuda, potencializa a agressividade das pessoas e até mesmo atitudes de confrontos, conflitos e violência. Em determinadas pessoas e em determinadas condições, o efeito do álcool é imprevisível, extremamente danoso. É um problema de saúde pública e de segurança pública. [...] O que as pesquisas são unânimes em concluir é que a violência no futebol brasileiro é uma das maiores do mundo, desde 2009.1”. (Disponível em: <http://www.diarioonline.com.br/esporte/para/noticia-470231-a-liberacao-de-bebida-alcoolica-em-estadios-ira-aumentar-a-violencia.Html>)

Também nesta esteira, como bem salientou a Procuradoria-Geral de Justiça,

“(...) não se olvide que ao permitir a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nas dependências dos estádios de futebol do Município de Campo Grande, a norma impugnada traduz nítido retrocesso social na proteção do direito fundamental à segurança, na medida em que o uso dessas substâncias está manifestamente relacionado ao aumento de violência e criminalidade.” (f. 70)

Tamanha relevância do tema que foi editado o Decreto 6.117, de 22 de maio de 2007, que aprova a política nacional sobre o álcool, onde dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e sua

associação com a violência e criminalidade, com referência expressa à associação de situações de violência e criminalidade e o uso prejudicial de bebidas alcoólicas. Esse diploma legal estabeleceu como diretriz o estímulo a medidas de restrição espacial e temporal do consumo de bebidas alcoólicas em situações de maior vulnerabilidade a violência, como em estádios de futebol:

“Art. 3º Os órgãos e entidades da administração pública federal deverão considerar em seus planejamentos as ações de governo para reduzir e prevenir os danos à saúde e à vida, bem como as situações de violência e criminalidade associadas ao uso prejudicial de bebidas alcoólicas na população brasileira.”

Portanto, passando ao largo de juízos de valor personalíssimos e isolados, existem programas públicos de prevenção à violência e criminalidade associadas ao consumo de bebida alcoólica em situação específicas de vulnerabilidade, como em ambientes de competição esportiva.

Registre-se, por oportuno, o período já decorrido desde a edição da lei impugnada só faz agravar os risco social que a lei federal buscou tutelar. Demais disso, a repercussão social que recai sobre o tema torna neutraliza o fundamento do transcurso de tempo, que, diga-se, cinge-se a apenas 2 anos.

Vale destacar que esse posicionamento é adotado pelo Supremo Tribunal Federal em situações cuja repercussão da matéria possui alta envergadura e repercussão social, confira:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO AMAZONAS – SERVIDOR PÚBLICO – CONCESSÃO DE VANTAGEM – ALEGADA USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - PROCESSO LEGISLATIVO – EXTENSÃO E LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. – O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 11, impôs aos Estados-membros, no exercício de seu poder constituinte, a estrita observância dos princípios consagrados na Carta da República. - O poder constituinte decorrente, assegurado as unidades da Federação, e, em essência, uma prerrogativa institucional juridicamente limitada pela normatividade subordinante emanada da Lei Fundamental. - Modalidades tipológicas em que se desenvolve o poder constituinte decorrente: poder de institucionalização e poder de revisão. Graus distintos de eficácia e de autoridade. Doutrina. - A norma que, inscrita em constituição estadual, autoriza o servidor público a computar, para efeito de adicional pelo tempo de exercício de cargo ou função de confiança, o período de serviço prestado nas três esferas de governo, sugere a discussão em torno da extensão do poder constituinte deferido aos Estados-membros, no que concerne a observância dos princípios inerentes ao processo legislativo instituídos na Carta da República. - A alta relevância da questão - alcance do poder constituinte decorrente atribuído aos Estados-membros - torna possível invocar o juízo de conveniência, que constitui critério adotado e aceito pelo Supremo Tribunal Federal, em sede jurisdicional concentrada, para efeito de concessão da medida cautelar. Precedentes.” (ADI 568 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/1991, DJ 22-11-1991 PP-16845 Ement Vol-01643-01 PP-00045 RTJ Vol-00138-01 PP-00064) [destaquei]

“A análise dos requisitos do fumus boni iuris e periculum in mora para a concessão de medida liminar em sede de controle abstrato de constitucionalidade admite maior discricionariedade por parte do Supremo Tribunal Federal, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia (ADI 3401 MC, Rel. Minº Gilmar Mendes, Pleno, decisão: 3/2/2005), pelo qual deverá ser analisada a conveniência da suspensão cautelar da lei impugnada (ADI 425 MC, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, decisão: 4/4/1991; ADI 467 MC, Rel. Min. Octávio Gallotti, Pleno, decisão: 3/4/1991), permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da relevância do tema,

bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão (ADI 490 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, decisão: 6/12/1990; ADI 508 MC, Rel. Min.º Octávio Gallotti, Pleno, decisão: 16/4/1991), bem como da plausibilidade inequívoca e dos evidentes riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente (ADI 474 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, decisão: 4/4/1991), ou, ainda, das prováveis repercussões pela manutenção da eficácia do ato impugnado (ADI 718 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, decisão: 3/8/1992), da relevância da questão constitucional (ADI 804 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, decisão: 27/11/1992) e da relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de periculum in mora, tais os entraves à atividade econômica (ADI 173 MC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, decisão: 9/3/1990) ou social.” (STF, ADI 4693 MC/BA, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 30/10/2017). [destaquei].

No mesmo sentido,

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA LIMINAR – INCISO X DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 118 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE HÁ RELEVÂNCIA JURÍDICA NAS QUESTÕES DE SABER SE, EM FACE DA ATUAL CONSTITUIÇÃO, PERSISTE A NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA PELOS ESTADOS DAS NORMAS FEDERAIS SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO NELA ESTABELECIDO, BEM COMO SE O PRECEITO DO § 7º DO ARTIGO 144 DA CARTA MAGNA FEDERAL, O QUAL ALUDE A LEI ORDINÁRIA, SE APLICA À LEI ORGÂNICA DA POLÍCIA CIVIL ESTADUAL – DADA A RELEVÂNCIA JURÍDICA DESSAS QUESTÕES, QUE ENVOLVEM O ALCANCE DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE QUE É ATRIBUÍDO AOS ESTADOS, É POSSÍVEL, COMO SE ENTENDEU EM PRECEDENTES DESTA CORTE, UTILIZAR-SE DO CRITÉRIO DA CONVENIÊNCIA, EM LUGAR DO PERICULUM IN MORA, PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR, AINDA QUANDO O DISPOSITIVO IMPUGNADO JÁ ESTEJA EM VIGOR HÁ ANOS – PEDIDO DE LIMINAR DEFERIDO, PARA SUSPENDER, EX NUNC E ATÉ A DECISÃO FINAL DESTA AÇÃO, A EFICÁCIA DO INCISO X DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 118 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.” (STF, ADI 2.314 MC/RJ, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Julgamento: 25/04/2001).

Ainda,

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 118 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE HÁ RELEVÂNCIA JURÍDICA NAS QUESTÕES DE SABER SE, EM FACE DA ATUAL CONSTITUIÇÃO, PERSISTE A NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA PELOS ESTADOS DAS NORMAS FEDERAIS SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO NELA ESTABELECIDO, BEM COMO SE OS PRECEITOS DO PAR. 9. DO ARTIGO 42 E DO PAR. 7. DO ARTIGO 144, AMBOS DA CARTA MAGNA FEDERAL, OS QUAIS ALUDEM A LEI ORDINÁRIA, ABARCAM O ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MILITARES. – DADA A RELEVÂNCIA JURÍDICA DESSAS QUESTÕES, QUE ENVOLVEM O ALCANCE DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE QUE É ATRIBUÍDO AOS ESTADOS, É POSSÍVEL – COMO SE ENTENDEU NO EXAME DA MEDIDA LIMINAR REQUERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 568 – UTILIZAR-SE DO CRITÉRIO DA CONVENIÊNCIA, EM LUGAR DO “PERICULUM IN MORA” – PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR, AINDA QUANDO O DISPOSITIVO

IMPUGNADO JÁ ESTEJA EM VIGOR HÁ ALGUNS ANOS – PEDIDO DE LIMINAR DEFERIDO, PARA SUSPENDER “EX NUNC”, E ATÉ A DECISÃO FINAL, A EFICÁCIA DO INCISO IX DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 118 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.” (STF, ADInMC 1.087/RJ, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Julgamento: 01/02/1995).

Assim, dadas às peculiaridades do caso em apreço, notadamente em face da plausibilidade inequívoca e da relevância da questão constitucional debatida, bem como da repercussão, com evidentes riscos sociais ou individuais, passíveis de se consumarem em caso de manutenção de sua eficácia, resta evidenciada a existência da conveniência da suspensão cautelar pretendida na inicial.

Diante de todo o exposto, nos termos dos artigos 10 e 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99, divirjo do ilustre relator para deferir a medida cautelar pleiteada e determinar a imediata suspensão da eficácia da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016, do Município de Campo Grande/MS, com eficácia *ex nunc* (a partir de agora). Às providências.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (5º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (7º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (9º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (10º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (11º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (12º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (13º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (14º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, indeferiram a liminar, nos termos do voto do relator, vencidos os Desembargadores Sideni, Paschoal, Luiz Gonzaga, Eduardo e Marcelo, contra o parecer. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Tânia. Absteve-se de votar o Des. Julizar, por ausência no início do julgamento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 17 de outubro de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0351590-52.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 11, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.429/92 – NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS EXCEDENTES EM RAZÃO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL – AUMENTO DE DESPESA COM PESSOAL – SUPOSTA VIOLAÇÃO AO QUE DETERMINA O ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000 – AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ POR PARTE DOS REQUERIDOS – ATO ÍMPROBO NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSOS DOS REQUERIDOS PROVIDOS.

Reforma-se a sentença para julgar improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, porquanto evidenciado que a nomeação de candidatos excedentes nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular decorreu de determinação judicial, não havendo demonstração de que os requeridos agiram com dolo ou má-fé.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS – RECURSOS DOS REQUERIDOS QUE FORAM PROVIDOS PARA REFORMAR A SENTENÇA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA IMPROCEDENTE – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO.

Afasta-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade quando verificado que o apelo encontra-se suficientemente concatenado.

Julga-se prejudicado o recurso que pleiteia a majoração das sanções impostas, quando a ação civil pública é julgada improcedente em razão do provimento dos recursos dos requeridos por não estar configurado ato de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso do MP e dar provimento aos recursos dos requeridos, nos termos do voto do relator, em parte com o parecer. Com declaração de voto dos vogais.

Campo Grande, 23 de outubro de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, pelo Ministério Público Estadual, por Ronaldo de Souza Franco e outros e por José Orcírio Miranda dos Santos contra a sentença (f. 1.436-1.446) proferida nos autos da ação civil pública em epígrafe.

O Ministério Público Estadual aduz, em síntese, que:

Da análise dos fatos, é flagrante que os requeridos José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira e Etsuo Hirakawa, cada um, cientes da antijuridicidade de suas atividades funcionais, ou por que não verificaram a regularidade na realização das receitas e despesas e o exame dos atos que resultem em criação e extinção de direitos e obrigações de ordem financeira ou patrimonial no âmbito do Poder Executivo, ou, por que nomearam e empossaram os candidatos aprovados, após o mês de julho de 2006, no último ano do mandato do Chefe do Poder Executivo Estadual, em inobservância, ao limite temporal dos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Executivo, inobservou seu dever elementar de zelar pela integridade patrimonial do ente ao qual prestavam serviços, merecendo uma maior reprovabilidade diante dos atos praticados, requerendo o aumento da sanção de suspensão dos direitos políticos para 05 (cinco) anos, bem como o aumento do valor da multa civil aplicada. (f. 1.481)

Requer, por fim,

“(...) que, conhecido o presente recurso, seja dado provimento ao apelo para o fim de reformar a r. sentença recorrida (f. 1436-1446), visando o aumento da sanção de suspensão dos direitos políticos para 05 (cinco) anos, bem como o aumento do valor da multa civil, em face dos requeridos José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira e Etsuo Hirakawa, haja vista a gravidade e reprovabilidade dos atos praticados pelos apelados.” (f. 1.483) (Destaquei)

Ronaldo de Souza Franco e outros alegam, em suma, que:

A suspensão da segurança 3103 em face da medida liminar exarada pelo TJMS nos Autos 2007.001923-7 (0001923-13.2007.8.12.0000), ao contrário do aludido na recorrida sentença, não é hábil para concluir para a legalidade ou ilegalidade das nomeações. (f. 1.517)

Tal fato foi suscitado na peça contestatória, inclusive fazendo a juntada da publicação do DOEMS onde consta os referidos atos, f. 465-467 e f. 1374-1377, mantendo as referidas nomeações em julgamento de mérito, mantido inclusive pelo STF, restando assim prejudicada a suspensão da segurança invocada pela recorrida sentença. (f. 1.518)

A sentença recorrida, mesmo provocada mediante embargos, não se atentou para o prazo da homologação do concurso público que originou as nomeações impugnadas e reputadas como ilegais na recorrida sentença. (f. 1.518)

Sendo assim a nomeação dos aprovados no concurso público homologado mais de 03 meses antes do pleito não se constitui ato ilegal ou improbo, como reconheceu a recorrida sentença. (f. 1.523)

Não se trata de esquivar-se de responsabilidade, mas tão somente demonstrar que o apelado não trouxe aos autos a mínima indicação de que os requeridos omissivamente ou ativamente permitiram atos que desequilbrassem as finanças da SEMA e IMAP ou do Estado de Mato Grosso do Sul no ano de 2006/2007, que é a finalidade do artigo 21 da LRF. (f. 1.536) (Destaquei)

Ao final, requerem “a) O acolhimento e conhecimento da presente apelação. b) Ao final o seu provimento, reconhecendo que os apelantes não praticaram atos de improbidade nas nomeações aludidas na presente lide.” (f. 1.538)

Por sua vez, José Orcírio Miranda dos Santos aduz, em síntese, que:

Sem razão, contudo, o mm. juiz de primeiro grau:

“A sentença apelada deve ser reformada porque os próprios elementos de prova constantes dos autos revelam a mais não poder que ato de improbidade algum foi praticado pelo ora recorrente!” (f. 1.542)

Sucede que efetivamente a Lei de Responsabilidade Fiscal não foi violada no caso. Equivocou-se o MPE em sua pretensão e, lamentavelmente, o culto Magistrado de primeiro grau, máxima expressão da judicatura guaicuru, não se apercebeu desse grave equívoco, acabando por julgar procedente tal pretensão. Todavia, no caso, improbidade não houve e os documentos de f. 1332, 1334 e 1335 dos autos estão a demonstrar isso à saciedade. (f. 1.544)

Vale dizer, seja em relação ao limite prudencial da LRF, seja em relação à execução orçamentária, o ora recorrente não cometeu qualquer irregularidade, donde não ser admissível sua condenação! Aliás, não há notícia de que o Tribunal de Contas do Estado ou a Assembleia Legislativa tenham reprovado as contas do apelante referentes a 2006! (f. 1.545) (Destaquei)

Por fim, pugna:

“(...) seja conhecido e provido este recurso para o fim de reformar a r. sentença de primeiro grau, julgando-se, em consequência, totalmente improcedentes os pedidos lançados na inicial. Lembra o apelante por fim, que seu recurso é tempestivo haja vista o incluso Atestado de Indisponibilidade nº 159.664.888.0002/2017, fornecido nesta data pela Secretaria de Tecnologia de Informação dessa C. Corte.” (f. 1.547)

Devidamente intimados, os apelados Ministério Público Estadual e José Orcírio Miranda dos Santos apresentaram, respectivamente, contrarrazões às f. 1.574-1.586 e às f. 1.604-1.608, tendo José Orcírio Miranda dos Santos suscitado preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade. Igualmente intimados, os apelados Ronaldo de Souza Franco e outros deixaram transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (f. 1.609).

Intimado em razão do disposto nos artigos 9º e 10 do CPC, o Ministério Público de 1ª Instância manifestou-se às f. 1.643-1.647 rechaçando a preliminar arguida.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer às f. 1.620-1.627 opina pelo:

“(...) conhecimento e provimento dos recursos interpostos por Etsuo Hirakawa, José Elias Moreira, José Orcírio Miranda dos Santos e Ronaldo de Souza Franco, reformando-se a sentença objurgada, a fim de que seja julgado improcedente o pedido inicial e, conseqüentemente, seja desprovido o apelo do MP Monocrático.”

VOTO (EM 16/10/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, pelo Ministério Público Estadual, por Ronaldo de Souza Franco e outros e por José Orcírio Miranda dos Santos contra a sentença (f. 1.436-1.446) proferida nos autos da ação civil pública em epígrafe.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos:

Conheço diretamente do pedido, o que faço com fundamento no artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, pois não é necessária a designação de audiência para produção de prova oral.

Cuidam os autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira e Etsuo Hirakawa, objetivando a condenação dos requeridos por ato de improbidade administrativa relativos a nomeação e posse de candidatos aprovados no concurso da SEMA/IMAP, sem observância da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Vejamos o que dispõe o artigo 21 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

[...]

No caso, vislumbra-se que as nomeações e posses narradas ocorreram no últimos 180 dias do mandato do requerido José Orcírio Miranda dos Santos, como Governador do Estado, e que o próprio Superior Tribunal Federal, ao julgar o pedido de Suspensão de Segurança nº 3103, reconheceu a lesão à economia pública, consubstanciada na ausência de previsão orçamentária em relação à despesa em questão, fica plenamente demonstrada que os requeridos infringiram a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ao agente público é imposta a obrigação de estrita observância das disponibilidades financeiras do ente público quando da assunção de obrigações nos últimos dias de mandato.

O art. 42 traduz a finalidade imediata da Lei de Responsabilidade: responsabilidade administrativa na gestão do dinheiro público

[...]

Caso contrário, se o agente público contrair despesas em vultosa quantia nos dois últimos quadrimestres do mandato, sem atentar para as disponibilidades orçamentárias do órgão público, responderá nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

O art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal, prevê expressamente a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa no tocante às infrações àquele Diploma:

[...]

Entretanto, ainda que não houvesse a disposição do preceito acima, a violação ao princípio da legalidade, por si só, possibilitaria a subsunção da conduta do agente público ao disposto nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa, face a absoluta inobservância ao disposto no art. 42 da LRF.

O princípio da legalidade condensa os comandos normativos que traçam as diretrizes da atuação estatal, submetendo os agentes públicos à estrita observância da legalidade.

[...]

Além disso, quando a Constituição é cumprida pelo legislador ordinário na sua tarefa de concretização constitucional, tal medida (moralidade administrativa) deve ser observada de forma imperativa, pois encerra uma imposição constitucional

[...]

Ademais, os recursos não podem ser alocados de forma irresponsável, com consequente gasto desarrazoado, sob pena de ferir o princípio da eficiência.

[...]

Vale salientar, ainda, que partindo da melhor interpretação do disposto no artigo 42 da LRF, deve ser destacado que não se sanciona, indiscriminadamente, toda e qualquer inscrição de despesa em restos a pagar nos dois últimos quadrimestres do mandato que ultrapasse a disponibilidade financeira de caixa.

Tal inscrição somente será tida como ilegal, violando tal preceito, se se tratar de obrigação que foi contraída no período em questão (dois últimos quadrimestres do mandato), bem como não ser imprescindível para a continuidade dos serviços públicos.

Ademais, como cediço, a configuração do ato de improbidade a atrair as sanções da Lei Federal nº 8.429/92 depende da presença do elemento subjetivo do agente.

Neste caso, seria necessário provar que o agente público contraiu despesas que poderiam ter sido adiadas para outro momento, ou seja, despesas que não eram imprescindíveis para a continuidade dos serviços à população, aquilatando-se assim, inobservância do art. 42 da Lei Complementar nº 101/2000 pelo gestor público.

A aludida Lei Complementar impôs aos administradores a somente contraírem obrigações de despesa que pudessem ser cumpridas integralmente dentro do exercício (art 42).

[...]

Por conseguinte, no caso de eventual descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, o gestor público responderá nos termos da Lei Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429-92), sem prejuízo de outras sanções.

Neste contexto, comprovando-se que o administrador público deixou, dolosamente, restos a pagar para o mandato subsequente, resta caracterizada a quebra dos princípios da administração pública, notadamente os da legalidade, da moralidade e da eficiência.

No caso, não há dúvida que os requeridos infringiram o disposto no art. 11, I, da Lei 8.429/92, consistente em “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência” na medida em que, efetivamente, restou demonstrado que eles nomearam e empossaram candidatos aprovados em concurso público, após a data permitida por lei, em inobservância ao limite temporal dos 180 dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Executivo.

Na inicial, o Ministério Público pediu a condenação dos requeridos nas sanções do art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92.

Este artigo prevê o seguinte:

[...]

Quanto à penalidade a ser aplicada em desfavor dos requeridos, há que se observar a lesividade e a reprovabilidade da conduta, bem como a intenção dos mesmos, ou seja, deve se analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo, cujas penalidades podem ser cumulativas ou não.

Assim, em atenção ao disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/92, passo a analisar as penalidades a serem aplicadas, levando-se em conta a extensão dos atos violados.

Entendo que não se aplica ao presente caso, a pena de ressarcimento integral do dano, uma vez que, embora o Estado tenha arcado com o pagamento da remuneração dos candidatos nomeados, houve a contraprestação dos serviços prestados, o que não gera direito a ressarcimento.

Entendo que em razão de conduta reprovável e considerando, ainda, a gravidade da violação à lei, deverá ser imposto pagamento de multa civil, bem como a suspensão dos direitos políticos por três anos e, ainda, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, também pelo prazo de três anos.

Outrossim, deixo de aplicar a pena de perda da função pública por entender que as sanções acima aplicadas são suficientes para desestimular e punir a prática inconstitucional.

3. Dispositivo.

Diante do exposto e reconhecendo a prática de ato de improbidade administrativa prevista no art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, julgo o processo com resolução de mérito (art. 487, I, CPC/2015) e acolho parcialmente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual contra José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira e Etsuo Hirakawa, nesta ação civil pública, para:

a) impor multa civil em desfavor dos requeridos no equivalente a duas vezes o valor de suas últimas remunerações mensais à época (dezembro de 2006), revertidas ao Fundo de Defesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados;

b) decretar a suspensão dos direitos políticos dos requeridos pelo prazo de 03 (três) anos;

c) declarar a proibição em contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos.

Transitada em julgado a sentença oficie-se ao Banco Central do Brasil, ao Banco do Brasil S/A, à Caixa Econômica Federal e às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal e a Justiça Eleitoral (TRE/MS), acerca das sanções impostas ao requerido, realizando o cadastramento no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa do Conselho Nacional de Justiça.

Condeno os requeridos, ainda, ao pagamento das custas processuais.

Na hipótese vertente, não há que se falar em honorários advocatícios.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Irresignado com a sentença supratranscrita, o Ministério Público Estadual apela, alegando, em síntese, que:

(i) “No caso em questão, se comprovou que as condutas ímprobos dolosas praticadas pelos requeridos, resultaram em aumento de despesas com pessoal decorrente das nomeações e posses de candidatos, configurando ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do artigo 11, inciso I da Lei nº 8.429/1992” (f. 1.479); (ii) “Constatou-se ainda, que as nomeações excedentes ocorreram sem que qualquer legislação superveniente ampliativa do número de vagas, em total inobservância da capacidade orçamentária e financeira dos cofres estaduais, bem como, em período vedado por lei, impactando os cofres públicos, gerando lesão à ordem pública e administrativa, e comprometendo o atendimento das necessidades públicas da população” (f. 1.479); (iii) “In casu, o Governador do Estado à época dos fatos, o requerido José Orcírio Miranda dos Santos, estava impedido, por lei, de elevar o gasto com pessoal, no período de 27 de julho a 31 de dezembro de 2006, último ano do seu mandato, e a considerar que o Administrador Público está adstrito à lei, não se pode perder de vista que todos os atos que resultaram em aumento de despesa com pessoal resultante das nomeações e posses dos candidatos aprovados no concurso da SEGES/SEMA/IMAP no ano 2006 foram realizados dentro dos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo Estadual, ou seja, em período vedado pela Lei de Responsabilidade Fiscal” (f. 1.480); (iv) “Ao arrepio da lei, o Governador do Estado à época, nomeou, e o Secretário de Estado de Gestão Pública, empossou, nos meses de agosto a dezembro de 2006, os aprovados no Concurso SEMA/IMAP, conforme fazem prova os decretos de nomeação e editais de inspeção e posse, respectivamente às f. 13, 16, 89, 90-91, 94, 96, 101-102, 106, 107, 116, e às f. 14-15, 17, 92-93, 95, 97, 99, 110 e 114-115 do IC” (f. 1.480); (v) “A expedição dos atos de nomeações e posse dentro do período vedado por lei, e geradores de impacto financeiro-orçamentário negativo aos cofres do Estado, se deu sem que os Secretários de Estado de Receita e Controle tivessem intervindo, no sentido de impedir que os mesmos se processassem, na qualidade de responsáveis por assessorar os órgãos e entidades do Poder Executivo de modo a assegurar a observância das normas legais nos procedimentos de guarda e de aplicação de dinheiro, valores e outros bens do Estado, e ainda, por verificar a regularidade na realização das receitas e despesas e o exame dos atos que resultem em criação e extinção de direitos e obrigações de ordem financeira ou patrimonial no âmbito do Poder Executivo, entre outros” (f. 1.480); (vi) “Da análise dos fatos, é flagrante que os requeridos José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira e Etsuo Hirakawa, cada um, cientes da antijuridicidade de suas atividades funcionais, ou por que não verificaram a regularidade na realização das receitas e despesas e o exame dos atos que resultem em criação e extinção de direitos e obrigações de ordem financeira ou patrimonial no âmbito do Poder Executivo, ou, por que nomearam e empossaram os candidatos aprovados, após o mês de julho de 2006, no último ano do mandato do Chefe do Poder Executivo Estadual, em inobservância, ao limite temporal dos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Executivo, inobservou seu dever elementar de zelar pela integridade patrimonial do ente ao qual prestavam serviços, merecendo uma maior reprovabilidade diante dos atos praticados, requerendo o aumento da sanção de suspensão dos direitos políticos para 05 (cinco) anos, bem como o aumento do valor da multa civil aplicada”. (f. 1.481).

Ronaldo de Souza Franco e outros, por sua vez, interpôs recurso de apelação cível, argumentando, que:

(i) “O próprio MPE reconheceu que os cargos onde os aprovados foram nomeados já pré existiam (não foram criados dentro dos últimos 180 dias do mandato), f. 20-22 da prefacial ministerial. Todos os nomeados e empossados foram aprovados em concurso público, homologados mais de 03 meses antes do pleito e antes da posse do eleito, 29 de Junho 2006, em perfeita harmonia com a ressalva constante do artigo 73, V, da Lei

9504/97” (f. 1.519); (ii) “Sendo assim a nomeação dos aprovados no concurso público homologado mais de 03 meses antes do pleito não se constitui ato ilegal ou improbo, como reconheceu a recorrida sentença” (f. 1.523); (iii) “qualquer despesa com dotação específica que não ultrapasse o limite estabelecido no exercício é considerada despesa adequada orçamentariamente, conforme inciso I do artigo 16” (f. 1.527); (iv) “A criação de cargos com a respectiva dotação orçamentária, o edital de concurso dentro do prazo da LRF - Lei Eleitoral e o resultado final homologado 180 dias antes do fim do mandato demonstram claramente que os apelantes Ronaldo e José Elias deram posse aos concursados nos estritos termos da legalidade e moralidade” (f. 1.535); (v) “As nomeações foram decorrentes de concurso público homologado no prazo legal, tinham orçamento prévio suficiente para suportar seu impacto, não demandaram crédito orçamentário suplementar e os limites da LRF foram cumpridos” (f. 1.536).

Por fim, José Orcírio Miranda dos Santos, em suas razões recursais, alega, em suma, que:

(i) “ (...) ao julgar o Mandado de Segurança nº 0001923-13.2007.8.12.0000 em sede do qual a referida suspensão de liminar fora deferida, o E. TJMS tornou insubsistente essa mesma decisão de suspensão de liminar, decidindo especificamente quanto à alegada ‘lesão à economia pública, consubstanciada na ausência de previsão orçamentária em relação à despesa em questão’ que é ‘inócua a escusa de impossibilidade financeira de contratação (infirmada pela documentação de f. 612-619, indicando a folga orçamentária diante da contratação de diversos cargos comissionados)’” (f. 1.543); (ii) “Interposto recurso ao Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1179257/MS), este negou provimento a ele em 20 de abril de 2012 e, consoante o andamento processual consultado em www.stj.jus.br, essa decisão transitou em julgado em 07 de novembro de 2012. Ou seja, a decisão provisória e política proferida em sede de suspensão de liminar em mandado de segurança, já não existia quando da prolação da sentença apelada (05 de agosto de 2016), eis que tornada insubsistente pelo trânsito em julgado do acórdão do STJ que confirmou a concessão da ordem, acórdão este transitado em julgado em 07 de novembro de 2012” (f. 1.543); (iii) “Logo, se essa E. Corte, por seu C. Órgão Especial, já decidiu que no caso dos autos não houve ‘impossibilidade financeira de contratação (infirmada pela documentação de f. 612-619, indicando a folga orçamentária diante da contratação de diversos cargos comissionados)’ , parece que a r. sentença de primeiro grau não poderia ter decidido a mesma questão de modo diametralmente oposto” (f. 1.544); (iv) “Com efeito, o documento de f. 1.332, publicado no DOEMS de 09.04.2007, trata-se do demonstrativo de despesa com pessoal de janeiro a dezembro de 2006 do Poder Executivo de Mato Grosso do Sul, que revela ter o ‘total da despesa com pessoal para fins de apuração do limite máximo previsto nos incisos I, II e III do art. 20 da LRF’ ter ficado no aludido período em 43,27%, quando o limite prudencial da mesma LRF autorizava que alcançasse até 49%!” (f. 1.544); (v) “falta congruência ao trecho da r. Sentença recorrida que afirma ter o apelante praticado ato de improbidade porque teria deixado ‘dolosamente, restos a pagar para o mandato subsequente’ (f. 1443), haja vista que o salário dos servidores nomeados - conforme amplamente demonstrado - sempre foi pago em dia, não havendo registro nos autos de que tenha havido qualquer atraso! Aliás, a prova documental é exatamente no sentido contrário” (f. 1.546).

Em contrarrazões recursais, José Orcírio Miranda dos Santos suscitou preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer às f. 1.620-1.627 opina pelo “conhecimento e provimento dos recursos interpostos por Etsuo Hirakawa, José Elias Moreira, José Orcírio Miranda dos Santos e Ronaldo de Souza Franco, reformando-se a sentença objurgada, a fim de que seja julgado improcedente o pedido inicial e, conseqüentemente, seja desprovido o apelo do MP Monocrático.”

Por questão de prejudicialidade, analiso, por primeiro e conjuntamente, os recursos interpostos por Ronaldo de Souza Franco e outros e por José Orcírio Miranda dos Santos.

Dos recursos interpostos por Ronaldo de Souza Franco e outros e por José Orcírio Miranda dos Santos.

Pretendem os ora apelantes a reforma da sentença objurgada com a finalidade de julgar totalmente improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, sob o argumento de que não cometeram qualquer ato ímprobo que lhes estão sendo imputados.

Razão lhes assiste.

Dou provimento aos recursos.

Com efeito, o Ministério Público Estadual, como relatado, ajuizou a presente ação civil por ato de improbidade administrativa em desfavor dos apelantes, sob alegação de cometimento de ato de improbidade administrativa que teria acarretado na violação de princípios da Administração Pública, nos termos do que dispõe o artigo 11, da Lei nº 8.429/92.

O Ministério Público Estadual alegou que, os requeridos ora apelantes nomearam e deram posse a aprovados no concurso da SEMA/IMAP, sem observância da Lei de Responsabilidade Fiscal, fato que aumentou as despesas com pessoal, sem dotação orçamentária prévia.

Na inicial, o *Parquet* relata que foi realizado Concurso Público de Provas e Títulos nº 001/06 - SEGES/SEMA/IMAP, com a finalidade de selecionar candidatos para preenchimento de 70 vagas no total para a carreira de Fiscalização e Gestão Ambiental da Secretaria de Estado de Meio Ambiente Pantanal – IMAP.

Aduz o *Parquet* que nada obstante o edital de abertura do certame ter previsto o quantitativo de vagas para cada cargo/função, constatou-se que nos meses de agosto, setembro, outubro e dezembro de 2006 (180 dias antes do término do mandato do governante, foram nomeados 79 candidatos em número excedente às vagas inicialmente previstas no edital de abertura por ato do requerido ora apelante José Orcírio Miranda dos Santos, Governador do Estado à época dos fatos e do requerido Ronaldo de Souza Franco, Secretário de Gestão Pública do Estado, atendendo à solicitação do requerido José Elias Moreira, Secretário de Estado do Meio Ambiente e Recursos Hídricos.

Com efeito, é cediço que todo e qualquer ato da Administração Pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme determina o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.¹

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), por sua vez, em seu artigo 21, parágrafo único, define como nulo o ato administrativo que implique despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do gestor público responsável. Veja-se:

Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar; e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

A intenção do legislador com a norma do parágrafo único foi impedir que, no final de mandato, o governante pratique atos que aumentem o total de despesa com pessoal, comprometendo o orçamento subsequente ou até mesmo superando o limite imposto pela lei, deixando para o sucessor o ônus de adotar as medidas cabíveis para alcançar o ajuste.

Desta forma, a interpretação desse dispositivo em conjunto com os artigos 19 e 20² da mesma norma revela a pretensão do legislador de evitar o endividamento do ente público, com desproporcional aumento de despesa com pessoal, no final do mandato eletivo.

No mesmo sentido, estabelece a Constituição Federal:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (destaquei)

No caso em comento, verifico que, de fato, os requeridos ora recorrentes deram provimento a cargos efetivos, nomeando 79 candidatos que, nada obstante terem sido aprovados em concurso público, tratam-se de nomeações excedentes às setenta vagas previstas no edital.

Ocorre que, compulsando os autos, é possível inferir que tais nomeações se deram em razão de determinação judicial, o que faz cair por terra a alegação de que os recorrentes agiram de tal forma com a

2 Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; (Vide Decreto nº 3.917, de 2001)

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;

d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

finalidade de aumentar as despesas com pessoal, sem dotação orçamentária prévia, em violação às regras dispostas na Lei de Responsabilidade Fiscal supramencionadas.

Assim, entendo por razoável acolher o argumento trazido pelos recorrentes de que este sodalício teria chancelado o ato das nomeações descritas na inicial. Nesse sentido, faço uma breve digressão dos fatos para melhor entendimento da questão em análise.

Em janeiro de 2007, foram anuladas as nomeações excedentes, por ato da própria Administração Pública, com o objetivo de obedecer ao disposto no artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).³

Contudo, os candidatos que tiveram suas nomeações anuladas impetraram Mandado de Segurança distribuído sob o nº 0001923.13.2007.8.12.0001 (2007.001923-7), onde obtiveram liminar favorável para que fossem cessados os efeitos do ato de anulação da nomeação dos impetrantes (f. 178-185).

A referida liminar, todavia, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, o qual acatou pedido de Suspensão da Segurança nº 3103 que foi ajuizado pelo Estado de Mato Grosso do Sul com fundamento na ausência de previsão orçamentária em relação à despesa gerada com a nomeações de pessoal do mencionado concurso. Confira trechos da decisão da Ministra Ellen Gracie (f. 197-199):

3. Em juízo mínimo de delibação (SS 846-AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 08.11.1996/ SS 1.272-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 18.5.2001), entendo que a decisão objurgada ao determinar a imediata reintegração dos impetrantes a cargos que excedem aqueles inicialmente previstos no item 2.1 do Edital nº 001/06 – SEGES/SEMA/IMAP (f. 51), taxativamente relacionadas em seu Anexo I (f. 62), importa lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídica e de ordem administrativa.

[...]

5. Finalmente, está demonstrada (f. 31-37) a lesão à economia pública, consubstanciada na ausência de previsão orçamentária em relação à despesa em questão, que poderá comprometer a execução orçamentária do Estado de Mato Grosso do Sul.

6. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 4º da Lei 4.348/64 e 297 do RISTF defiro o pedido para suspender a execução da liminar proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos do Mandado de Segurança nº 2007.001923-7.

Ao decidir o mérito do *mandamus* supramencionado, o Órgão Especial, por maioria, concedeu a segurança para que os candidatos exonerados fossem reintegrados aos respectivos cargos, em razão de ausência de contraditório e ampla defesa no processo administrativo quando da decisão de anulação tomada pela Administração Pública, independentemente da escusa de impossibilidade financeira de contratação. Nesse sentido, colaciono acórdão do referido mandado de segurança:

'MANDADO DE SEGURANÇA – AUTORES DA AÇÃO MANDAMENTAL QUE, APÓS TEREM SIDO APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS E TOMADO POSSE NO CARGO, FORAM DESTITUÍDOS DE SUAS FUNÇÕES PELA AUTORIDADE COATORA SEM QUE FOSSE OBSERVADO O DEVIDO PROCESSO LEGAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO À REINTEGRAÇÃO NOS RESPECTIVOS

³ Art. 21 (...)

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

*CARGOS – IMPOSSIBILIDADE DE QUE A ADMINISTRAÇÃO REVEJA SEUS ATOS SEM QUE PARA TANTO GARANTA AOS PREJUDICADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA – SEGURANÇA CONCEDIDA.*⁴

À toda evidência, o que se constata é que este Sodalício através de julgamento pelo Órgão Especial do Mandado de Segurança nº 0001923.13.2007.8.12.0001 (2007.0019237), impetrado pelos ora nomeados, concedeu a segurança, determinando a reintegração nos cargos mesmo em se tratando de nomeações excedentes que acarretariam no aumento das despesas com pessoal sem dotação orçamentária prévia.

Anoto, por oportuno, que o referido *mandamus* inclusive transitou em julgado em 5.11.2012 com o não provimento do REsp 1179257/MS.

Desta feita, tendo em vista que as nomeações ora debatidas decorreram de ordem judicial, não se encontram eivadas de nulidade conforme estabelece o art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, já que não se trata de ato de disposição da Administração Pública, mas sim mandamento judicial para proporcionar direito subjetivo de candidato em concurso público.

Nesse sentido, veja-se jurisprudência sobre caso análogo:

REEXAME NECESSÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO CONSTITUCIONAL – CONCURSO PÚBLICO – APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS – PRAZO DE VALIDADE AINDA NÃO EXPIRADO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS – PRETERIÇÃO – DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – LIMITES DE GASTOS E ATO DE IMPROBIDADE – INSUBSISTÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO. 1. é certo que “enquanto não expirado o prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado dentro do número de vagas possui mera expectativa de direito à nomeação, a ser concretizado conforme juízo de conveniência e oportunidade” (STJ - MS: 18717 DF 2012/0122749-2, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 22/05/2013). Logo, em síntese, a nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas disponibilizadas no edital do concurso, quando expirado o prazo de validade do certame, passou a ser considerado ato vinculado, fugindo da esfera de discricionariedade da Administração. 2. Entretanto, a mera expectativa de nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas em concurso vigente transforma-se em direito subjetivo à nomeação imediata quando há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. 3. O limite com gastos de pessoal não deve inibir a administração pública de nomear o detentor de direito subjetivo a exercer o cargo público. A Administração Pública deve pautar-se pela organização e planejamento. Havendo um concurso público em andamento, deve priorizar a nomeação dos cargos públicos, e não inflar o quadro funcional com contratos temporários. Assim, para fins de correção dos limites legais de responsabilidade fiscal, deve o administrador observar os instrumentos de correção de gastos estipulados na legislação específica, e não sacrificar o direito subjetivo do aprovado no certame público. 4. Tendo em vista que a nomeação decorre de ordem judicial, ela não se encontra eivada de nulidade conforme estabelece o art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, já que não se trata de ato de disposição do legislador, mas sim mandamento judicial para fins de garantir direito público subjetivo de candidato em concurso público. Da mesma forma, a Lei de Improbidade Administrativa não obsta a nomeação, já que não se trata de ato de disposição do administrador, mas sim uma determinação judicial. 5. Reexame necessário improvido.⁵

4 TJMS. Mandado de Segurança nº 0001923-13.2007.8.12.0000, Outros Tribunais, Órgão Especial, Relator (a): Des. Rêmo Letteriello, j: 11/03/2009, p: 27/03/2009.

5 TJ-PE - Remessa Necessária: 4229470 PE, Relator: Democrito Ramos Reinaldo Filho, Data de Julgamento: 22/06/2017, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma, Data de Publicação: 21/07/2017.

Ora, verifica-se da análise do caso em tela que os apelantes agiram conforme determinação judicial, não havendo falar, portanto, em transgressão aos princípios norteadores da Administração Pública. Mesmo que não o fosse, é cediço o entendimento de que para configurar ato de improbidade administrativa deve estar presente o elemento volitivo do agente, qual seja, o dolo ou a má-fé, o que não restou demonstrado no caso em tela.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – EMISSÃO DE REQUISIÇÕES SOLICITANDO COMPRAS NA EMPRESA PERTENCENTE AO SEU SOGRO – DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONDUTA IMPROBÁVEL NÃO COMPROVADA – AUSÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO E AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Para a configuração do ato de improbidade deve a conduta ser praticada por agente público ou terceiros a ele equiparado, mediante a prática de conduta ilícita configuradora de comportamento tipificado nos arts. 9º (enriquecimento ilícito), 10 (prejuízo ao erário) ou 11 (atos que atentem contra os princípios da administração pública) da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). Verificado que a empresa requerida prestou serviço para a municipalidade, não existindo nos autos nenhum indicativo e/ou prova robusta de que referida empresa teria sido beneficiada por eventual influência e/ou participação do servidor público ora requerido no ato da sua contratação, não há falar na aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, face à inexistência de lesividade ao erário público e prática de atos atentatórios aos princípios da administração pública. Demonstrado que a contratação da empresa requerida não excedeu o valor de R\$ 8.000,00 para o mesmo serviço ou produto dentro do mesmo ano, nos termos do art. 27, II, da Lei nº 8.666/93 (dispensa de licitação), afasta-se a alegação de fracionamento do certame com a finalidade de burlar a lei, até porque, não ficou comprovado o prejuízo ao patrimônio público, o dolo e/ou culpa dos envolvidos. Os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública exigem para a sua configuração a prova do elemento volitivo dos agentes públicos, ou seja, o dolo genérico ou a má-fé do administrador público no trato da coisa pública, haja vista que o objetivo precípua da Lei de Improbidade (LIA) é combater e punir o administrador desonesto ou imoral no trato da coisa pública, e não sancionar o gestor sem habilidade ou preparo para os trâmites administrativos.⁶ (Grifei)

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE REPASSE DOS VALORES DEVIDOS PELA CÂMARA MUNICIPAL À PREFEITURA, A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – EX-PRESIDENTES DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUIA LOPES DE LAGUNA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADA – IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DAS CONDUTAS DISPOSTAS NOS ARTIGOS 10 E 11 DA LEI Nº 8.429/1992 – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO, TAMPOCO DE UTILIZAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO EM FINALIDADE DIVERSA – PARCELAMENTO DA MAIOR PARTE DA DÍVIDA EM GESTÃO POSTERIOR – ADEMAIS, NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE OS RÉUS, ENQUANTO PRESIDENTES DA CÂMARA, DISPUNHAM DO VALOR DEVIDO AO MUNICÍPIO – NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DE ATO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – AUSÊNCIA DE DOLO – TENTATIVAS DE REGULARIZAR A SITUAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – HONORÁRIOS

⁶ TJMS. Apelação - Nº 0004443-48.2010.8.12.0029. Relator Des. Eduardo Machado Rocha. Julgamento 21.2.2017.

ADVOCATÍCIOS MINORADOS – MANTIDO O IGPM/FGV – EM PARTE COM O PARECER – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DESPROVIDO – RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

A ausência de repasse dos valores devidos, por si só, não caracteriza configura ato de improbidade por ofensa aos princípios administrativos, pois deveria ter sido provado que tal conduta foi realizada dolosamente ou com má-fé, o que não fora comprovado nos autos.⁷

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS – TRANSFERÊNCIA, DE OFÍCIO, PARA UNIVERSIDADE PÚBLICA FEDERAL – IRREGULARIDADES – OFENSA DO ART. 11 DA LEI 8.429/92 – AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO – REVISÃO DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS – INVIABILIDADE – SÚMULA 7/STJ. 1. A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico. 2. No particular caso dos autos, é impossível extrair do acórdão recorrido qualquer referência - ainda que indireta - à presença desse elemento subjetivo. Sobre o tema, ponderou o Tribunal local: “nada obstante os argumentos expendidos pelo apelante, tenho, contudo, a partir da análise do conjunto probatório que, apesar das irregularidades apontadas pelo MPF, não foi possível constatar, a partir dos documentos, que houve ato de improbidade por parte dos réus, na medida em que o elemento subjetivo necessário para sua caracterização não está presente, consubstanciado no dolo, na desonestidade e na má-fé do agente público em cometer um ato ímprobo. Ademais, inexistiu obtenção de proveito patrimonial” (f. 1.294, e-STJ). 3. Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 4. Ademais, a decisão recorrida está em conformidade com precedentes do STJ no sentido de não sujeitar meras irregularidades às sanções da Lei 8.429/92. 5. Recurso Especial não conhecido.⁸ (Grifei)

Ou seja, ainda que os recorrentes tivessem agido sem observar a legislação vigente à época dos fatos, tal fato não caracterizaria a prática de ato de improbidade administrativa se não restasse demonstrado o dolo no agir dos agentes, o que não restou configurado no presente caso.

No caso vertente, portanto, reputo que não restou caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa pelos recorrentes ora requeridos, motivo pelo qual deve ser reformada a sentença objurgada.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento aos recursos de apelação cível interpostos por Ronaldo de Souza Franco e outros e por José Orcírio Miranda dos Santos para reformando a sentença julgar improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face dos ora requeridos.

Do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

Preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

No caso, ao contrário do que alega o recorrido José Orcírio Miranda dos Santos, verifico que a petição do recurso de apelação do Ministério Público Estadual (f. 1.464-1.484) contém os fundamentos que embasaram o seu inconformismo, demarcando a extensão do contraditório perante este órgão recursal,

7 TJMS. Apelação Nº 0004503-69.2010.8.12.0013. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento 9.11.2016.

8 STJ. REsp 1512831/MG. Relator Min. Herman Benjamin Julgamento 13.12.2016.

apontando as razões pelas quais pretende a reforma da sentença, tanto que o ora apelado teve a possibilidade de manifestar a sua contrariedade às f. 1.604-1.608.

Destarte, está o apelo suficientemente motivado e, portanto, não se pode falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

Rejeito, assim, a prefacial suscitada pelo recorrido José Orcírio Miranda dos Santos.

Passo a análise do mérito.

Mérito.

O órgão ministerial apela, sob o fundamento de que deve ser reformada parcialmente a sentença em debate para aumentar a sanção de suspensão dos direitos políticos para 5 (cinco) anos, assim como o aumento do valor da multa civil em face dos requeridos José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira e Etsuo Hirakawa, tendo em vista a gravidade e reprovabilidade dos atos por eles praticados.

Julgo prejudicado o presente recurso.

Consoante se depreende no julgamento dos recursos interpostos pelos requeridos entendeu-se que não ocorreu ato de improbidade administrativa por violação aos princípio da Administração Pública.

Com efeito, em razão do provimento dos recursos interpostos por Ronaldo de Souza Franco e outros e por José Orcírio Miranda dos Santos, despiciendo a análise das razões recursais do Ministério Público que se objetivavam o aumento das penas impostas na sentença, a qual foi reformada.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade suscitada em contrarrazões recursais e, no mérito, julgo prejudicado o recurso do Ministério Público Estadual.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Rasslan), após o relator ter julgado prejudicado o recurso do MP e dado provimento aos recursos dos requeridos, o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 23/10/2018)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (1º vogal)

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira, José Ricardo Pereira Cabral e Etsuo Hirakawa, em razão da nomeação de servidores aprovados em concurso público dentro do período de 180 dias do término do mandato de governador do requerido José Orcírio Miranda dos Santos, além da nomeação de candidatos, em número excedente às vagas previstas no Edital, por meio de decreto de ampliação do número de vagas, configurando prática de ato de improbidade administrativa pelo descumprimento do art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

O requerido José Ricardo Pereira Cabral foi excluído da lide após o julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009.015393-1 (f. 1.113).

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes com condenação dos demais requeridos às penas de proibição de contratação com o serviço público e de suspensão dos direitos políticos, ambas pelo prazo de 03 (três) anos, além de multa civil no valor equivalente a duas vezes o valor da última remuneração de cada requerido à época (dezembro de 2006).

Em suas razões recursais, o Ministério Público Estadual pede a majoração da pena fixada na sentença (f. 1.464-84), e os requeridos (f. 1.513-38 e f. 1.541-8), pedem a reforma da sentença para julgamento improcedente dos pedidos iniciais.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça para provimento do recursos de apelação dos requeridos, e desprovimento do recurso do Ministério Público Estadual.

O eminente relator deu provimento ao recurso dos requeridos e julgou prejudicado, em razão disto, o recurso ministerial.

Pedi vista dos autos e entendo ser o caso de acompanhar o i. relator Des. Sérgio Fernandes Martins.

Restou comprovado nos autos que a homologação do concurso público ocorreu em 29/06/2009 (f. 123), de modo que a nomeação dos candidatos, ainda que dentro do prazo de 180 dias para o fim do mandato do administrador público, não configura ato de improbidade.

Isso porque é pacífico na jurisprudência o entendimento de que a vedação da contratação de pessoal não incide quando o concurso público foi homologado antes do período de 180 (cento e oitenta) dias que antecedem o fim de mandato do gestor público, prazo previsto no art. 21, da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois é preciso que seja dada ao dispositivo uma interpretação sistemática com o disposto no art. 73, V, “c” da Lei nº 9.504/97.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – ANULAÇÃO DA NOMEAÇÃO E POSSE DE SERVIDORA PÚBLICA – NECESSIDADE DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – PRECEDENTES – EFEITOS RETROATIVOS – NECESSIDADE – PRECEDENTES. 1. A exegese do art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar nº 101/00 C.C. o art. 73, inciso V, alínea c, da Lei nº 9.504/97, conduz à conclusão de que, embora exista vedação quanto à nomeação de servidores públicos nos 03 (três) meses que antecedem o pleito eleitoral e até a posse dos eleitos, esta não incide sobre os concursos públicos que, tal como ocorre na hipótese dos autos, foram homologados até o início do citado prazo. 2. Conforme a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a exoneração de servidor público em razão de anulação de concurso, sem a observância do devido processo legal. 3. A egrégia Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do MS nº 12.397/DF, da relatoria do i. Minº Arnaldo Esteves Lima, firmou a orientação no sentido de que “[...]na hipótese em que servidor público deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo.” 4. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido. (STJ - RMS: 31312 AM 2009/0249560-3, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 22/11/2011, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 01/12/2011).

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES – FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS NºS 283/STF

E 7/STJ. (...) 4. Não se afigura plausível a ofensa ao art. 73, V, da Lei 9.504/97, pois a proibição de contratação nos três meses que antecedem o pleito eleitoral não abrange a nomeação de aprovados em concurso público homologado anteriormente. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg-Ag 1.154.166, Proc. 2009/0032517-3, Segunda Turma, Rel. Minº Herman Benjamin, j. 02.09.2010).

No que tange à criação de cargos por meio de decreto (Decreto nº 11.693/2004) e a nomeação de mais 79 aprovados acima do número de vagas, conforme bem destacado pelo relator, “tais nomeações se deram em razão de determinação judicial, o que faz cair por terra a alegação de que os recorrentes agiram de tal forma com a finalidade de aumentar as despesas com pessoal, sem dotação orçamentária prévia, em violação às regras dispostas na Lei de Responsabilidade Fiscal supramencionadas.”

Nesse ponto, a Procuradoria-Geral de Justiça bem ponderou que

“em que pese tal ilegalidade, restou comprovado, nos autos (f. 1.331-1.335), que os órgãos onde ocorreram essas nomeações contavam com reserva orçamentária para tanto, bem como não se extrapolou o limite de despesa com pessoal, em obediência aos ditames da Lei Complementar nº 101/2000.

Inclusive, no julgamento do Mandado de Segurança nº 0001923-13.2007.8.12.00004, cujo objeto era a demissão dos excedentes, consignou-se que não houve comprometimento do orçamento estadual, em razão da nomeação desses candidatos, conforme se extrai dos seguintes trechos dos votos proferidos pelo Relator (Rêmo Letteriello) e 1º Vogal (Rubens Bergonzi Bossay), respectivamente:

(...)

Destarte, se este e. Sodalício, em demanda anterior, já acobertada pelo trânsito em julgado, reconheceu que existia verba orçamentária disponível para fazer frente à nomeação dos candidatos excedentes, não há como desprezar esse entendimento, por força do princípio da segurança jurídica.” (f. 1.624-5).

Com efeito, a Lei de Responsabilidade Fiscal veda, em seu artigo 21, parágrafo único, o aumento de despesa com pessoal nos últimos 180 dias de mandato, este entendido principalmente como a concessão de aumentos, vantagens, criação de cargos, alterações na carreira, nomeação de servidores, entre outros. Todavia, a convocação de candidatos aprovados em concurso público após ordem judicial, com expresse reconhecimento de existência de verba orçamentária, não configura ato de improbidade.

Aliás, para que se caracterize a hipótese prevista no artigo 11, da Lei nº 8.429/09, é necessária a comprovação do dolo do agente ou, ao menos, o dolo genérico, isto é, a vontade manifesta de praticar ato contrário aos princípios da administração.

As condutas tipificadas no art. 11 e seus incisos da citada lei, pressupõem a consciência da ilicitude de conduta e o ânimo de realizar o resultado proibido, o que não restou comprovado nos autos.

Pelo exposto, acompanho o i. relator, inclusive no que tange ao não conhecimento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual em razão da sua prejudicialidade.

O Sr. Des. João Maria Lós. (2º vogal)

Cuida-se de apelações cíveis interpostas em face da sentença (1.436-1.446) proferida nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual contra José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira e Etsuo Hirakawa, que reconheceu a prática de ato de

improbidade administrativa prevista no artigo 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, acolhendo parcialmente o pedido inicial, impondo-lhes o pagamento de multa civil, no equivalente à 02 (duas) vezes o valor das últimas remunerações mensais, à época, bem como decretou a suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de 03 (três) anos, e a proibição de contratar com o Poder Público.

O relator Des. Sérgio Fernandes Martins, deu provimento aos apelos interpostos por José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira e Etsuo Hirakawa, e, julgou prejudicado o recurso do Ministério Público Estadual.

O 1º vogal pediu vistas para melhor examinar a questão debatida no presente recurso.

Passo a análise.

O *Parquet*, em sua exordial alegou que os réus praticaram ato de improbidade administrativa, com base na nomeação dos candidatos aprovados, no Concurso Público de Provas e Títulos para a Carreira de Fiscalização e Gestão Ambiental da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos e dos Instituto de Meio Ambiente-Pantanal, dentro do período de 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao término do mandato de Governador do Estado, em inobservância ao artigo 21, da Lei Complementar nº 101/2000.

Afirmou que restou caracterizado ato de improbidade administrativa na nomeação de candidatos, em número excedente às vagas previstas no edital despidas de legislação ampliando assim, o número de vagas, em descumprimento da capacidade orçamentária e financeira dos cofres estaduais.

Com efeito, é incontroverso nos autos que a homologação do concurso se deu em 29 de junho de 2006, (f. 123), isto é, anteriormente ao período de 180 (cento e oitenta) dias que antecedem o fim do mandato eleitoral.

Outrossim, é pacífico na jurisprudência o entendimento de que a vedação da contratação de pessoal não incide quando o concurso público foi homologado antes do período de 180 que antecedem o fim de mandato do gestor público, prazo previsto no artigo 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse sentido:

“O impeditivo legal da LRF não veda a nomeação de servidor concursado, cujo certame tenha sido homologado 03 (três) meses antes do pleito eleitoral. (REsp 1624509 PB 2016/0234871-0; Ministro Sérgio Kukina).

“PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES – FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS NºS 283/STF E 7/STJ. (...) 4. Não se afigura plausível a ofensa ao art. 73, V, da Lei 9.504/97, pois a proibição de contratação nos três meses que antecedem o pleito eleitoral não abrange a nomeação de aprovados em concurso público homologado anteriormente. 5. Agravo Regimental não provido”. (AgRg-Ag 1.154.166, Proc. 2009/0032517-3, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.09.2010).

“ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – ANULAÇÃO DA NOMEAÇÃO E POSSE DE SERVIDORA PÚBLICA – NECESSIDADE DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – PRECEDENTES – EFEITOS RETROATIVOS – NECESSIDADE – PRECEDENTES. 1. A exegese do art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar nº 101/00 C.C. o art. 73, inciso V, alínea c, da Lei nº 9.504/97, conduz à conclusão de que, embora exista vedação quanto à nomeação de

servidores públicos nos 03 (três) meses que antecedem o pleito eleitoral e até a posse dos eleitos, esta não incide sobre os concursos públicos que, tal como ocorre na hipótese dos autos, foram homologados até o início do citado prazo. 2. Conforme a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a exoneração de servidor público em razão de anulação de concurso, sem a observância do devido processo legal". (RMS 31.312/AM, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

Dessa forma, não obstante as nomeações terem ocorrido dentro dos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato, não caracteriza violação ao artigo 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, em razão da homologação do concurso ter ocorrido antes do prazo aludido.

De igual forma, não merece prosperar a alegação de que houve ilegalidade, em razão da nomeação de candidatos acima do número de vagas, previsto no Edital, pois verifica-se que na realidade houve a criação de cargos extras para as respectivas nomeações, por meio do Decreto nº 11.693/2004.

Aliás, a própria Procuradoria Geral de Justiça, por intermédio do judicioso parecer elaborado pelo eminente Procurador de Justiça Dr. Aroldo José de Lima, chegou à mesma conclusão, valendo-se de idênticos argumentos, que, pela pertinência com que foram desenvolvidos, estão a merecer transcrição, *in verbis*:

"Quanto à alegação de que foram nomeados 79 (setenta e nove) candidatos acima do número de vagas, previsto no Edital, vislumbra-se que, na verdade, houve a criação de cargos extras para essas nomeações, porém, através de Decreto (nº 11.693/2004).

Contudo, em que pese tal ilegalidade, restou comprovado, nos autos (f. 1.331-1.335), que os órgãos onde ocorreram essas nomeações contavam com reserva orçamentária para tanto, bem como não se extrapolou o limite de despesa com pessoal, em obediência aos ditames da Lei Complementar nº 101/2000.

Inclusive, no julgamento do Mandado de Segurança nº 0001923-13.2007.8.12.00004, cujo objeto era a demissão dos excedentes, consignou-se que não houve comprometimento do orçamento estadual, em razão da nomeação desses candidatos, conforme se extrai dos seguintes trechos dos votos proferidos pelo Relator (Rêmo Letteriello) e 1º vogal (Rubens Bergonzi Bossay), respectivamente:

"Portanto, a agressão ao devido processo legal administrativo faz ruir o ato impugnado, tornando inócua a escusa de impossibilidade financeira de contratação (infirmada pela documentação de f. 612-619, indicando folga orçamentária diante da contratação de diversos comissionados) ou mesmo a discussão da ilegitimidade da nomeação, as quais carecem de prévia discussão na via administrativa, onde possam os prejudicados contraditar a veracidade das alegações, assegura a permanência no cargo enquanto durar esse 'iter' procedimental." (Destacado).

"Ademais, a Resolução/SEFAZ Nº 2.030, de 29 de janeiro de 2007, Anexo I (f. 365), demonstra que o percentual de gastos com pessoal está dentro do limite previsto no art. 55, inciso II, 'a', da LRF."

Destarte, se este e. Sodalício, em demanda anterior, já acobertada pelo trânsito em julgado, reconheceu que existia verba orçamentária disponível para fazer frente a nomeação dos candidatos excedentes, não há como desprezar esse entendimento, por força do princípio da segurança jurídica. Isso porque existindo vínculo de similitude fática entre duas demandas, é prudente que o magistrado da causa posterior considere a decisão anterior, quando transitada em julgado, a fim de evitar julgamentos conflitantes, a respeito do mesmo fato, o que, por certo, ensejaria uma situação de insegurança jurídica.

(...) Desta feita, a única ilegalidade que sobressalta, no presente caso, seria a criação dos cargos excedentes por meio Decreto, porém, não é o bastante para configurar a prática do ato de improbidade, descrito no art. 11, da Lei nº 8.429/92, eis que não se evidencia o dolo na conduta dos Requeridos, ora Apelantes.

Como cediço, o ato ímprobo, atentatório aos princípios da Administração Pública, deve ser imbuído de dolo e má-fé, o que não ocorre no caso telado, diante das circunstâncias delineadas nos autos, porquanto os candidatos nomeados foram devidamente aprovados em concurso público de provas e títulos, e existia a necessidade da contratação”.

Assim sendo, observa-se que as nomeações excedentes, decorreram de ordem judicial, e não de ato da Administração Pública, razão pela qual não há que se falar em inobservância ao artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Além disso, para concluir pelo ato de improbidade, exige-se a comprovação de dolo ou má-fé por parte do requerido, conforme lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, colaciona-se:

“O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. “[...]”

“No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidade tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública” (Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 688-689).

Desse modo, ante a falta de demonstração nos autos da presença do dolo ou má-fé por parte dos réus, imperiosa é a reforma da sentença.

Ante o exposto, com o parecer exarado pela Procuradoria-Geral de Justiça, acompanho o eminente relator, para dar provimento aos apelos interpostos por José Orcírio Miranda dos Santos, Ronaldo de Souza Franco, José Elias Moreira e Etsuo Hirakawa, e, por conseguinte julgar prejudicado o recurso do autor, reformando-se a sentença, para o fim de julgar improcedente os pedidos iniciais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram prejudicado o recurso do MP e deram provimento aos recursos dos requeridos, nos termos do voto do relator, em parte com o parecer. Com declaração de voto dos vogais.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de outubro de 2018.

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1404754-63.2018.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – PRORROGAÇÃO DE TERMOS ADITIVOS CONTRATUAIS – SUPOSTA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA – ATIVIDADE-MEIO – INICIAL RECEBIDA – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS ÍMPROBOS – REJEIÇÃO DA INICIAL – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429/92 – DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

É possível o órgão jurisdicional processar ação civil pública por ato de improbidade administrativa independentemente de usurpação de competência do Tribunal de Contas do Estado, nos termos do que dispõe o artigo 21, inciso II, da Lei nº 8.429/92.

Reforma-se a decisão que recebeu a inicial de improbidade administrativa em face do agravante, porquanto não se verifica a plausibilidade mínima nas alegações autorais trazidas a exame e a existência de indícios suficientes da prática de atos de desonestidade administrativa, a caracterizar eventuais irregularidades como ato de improbidade, que justifiquem o prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Campo Grande, 23 de outubro de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Daniel Nantes Abuchaim contra decisão proferida nos autos da ação civil de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

O ora agravante alega, em síntese, que:

Registre-se mais uma vez que a contratação objeto da presente ação civil pública possuía total respaldo legal, tanto pelas normas constitucionais e federais, como também, pela legislação estadual, não existindo, portanto, possibilidade de classificá-la como ilegal. (f. 15)

Comprovando-se claramente que os paradigmas esculpido na exordial são totalmente equivocados, posto que nenhuma das atribuições da Secretaria ora em questão encontra-se nos objetos dos contratos celebrados com a Empresa ITTEL ou qualquer outra relacionada no Inquérito Civil originário. (f. 20)

No presente caso, todos os fatos ocorridos e narrados na operação “lama asfáltica” não tem qualquer relação como a contratação e discussão jurídica do presente caso, uma vez que, os contratos iniciaram antes mesmo dos investigados ocuparem o cargo público. (f. 24)

Portanto, o que se tem é a interpretação quanto a legalidade da contratação, que atinge não somente o ato funcional mas também o estudo quanto a existência do dolo na referida conduta. (f. 26)

Portanto, Excelência, tanto no campo da discussão jurídica de atividade meio ou atividade-fim, como também, na possibilidade da edição da Lei nº 4.459/2013 que extinguiu cargos na administração, se vislumbra diversificadas interpretações legais, que, por sua própria existência já retira de imediato dolo ou má-fé dos agentes públicos no presente caso. (f. 29)

No presente caso, a celebração de termo aditivo com objeto de prorrogação excepcional de 03 (três) meses se mostrou necessária face a característica contínua do contrato, e, portanto, a completa impossibilidade de paralização dos serviços prestados, bem como vislumbrou-se a completa legalidade do ato tendo em vista os dispositivos legais já expostos. (f. 32)

Portanto, para o agente ser condenado nas penas da lei de improbidade administrativa, no caso, haverá de estar inequivocamente demonstrado o seu dolo e a sua má-fé, o que, conforme se evidencia, absolutamente não ocorreram neste caso. (f. 43)

Depreende-se, portanto, que não é verdadeira a premissa no sentido de que todo ato ilegal - se esse é. Poder Judiciário entender que houve a prática de ato ilegal, conforme requerido pelo requerente - é ato de improbidade, uma vez que é necessário o dolo do agente. (f. 44)

Diante de toda a jurisprudência superior ora colacionada, é forçoso concluir que sem a existência do dolo não se pode dizer que houve prática de ato por improbidade administrativa. Sim, porque, repita-se, ninguém é ímprobo agindo de boa-fé, ou por acaso, ou por imprudência, ou por imperícia. (f. 46)

Diante de todo o exposto, constata-se a inexistência do liame causal entre a conduta administrativa do agravante e qualquer vantagem patrimonial, porque de maneira alguma existiu. (f. 47)

Ao final, requer

“a) Seja intimado o agravado para, no prazo legal, querendo, apresentar contrarrazões, bem como sejam solicitadas as informações que se fizerem necessárias; b) Ao final, seja o presente Recurso conhecido e provido em seus amplos efeitos, reformando a decisão agravada, considerando que as acusações de descumprimento da Lei Federal, baseado na Lei de Improbidade Administrativa “devem ser vistas com muito cuidado, para não se cair em erro ou engano”, bem como, levando-se em consideração que o “processo leva consigo uma carga de sacrifício (eu ousaria dizer de dor) que nenhuma sentença pode reparar”, serve o presente recurso para apresentar os motivos que merecer levar à rejeição da ação civil pública, reformando a decisão ora recorrida.” (f. 47-48)

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 56-62).

Devidamente intimado, o agravado apresentou contraminuta às f. 67-101.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 105-130, pugnando pelo “*conhecimento do agravo e, no mérito, pelo improvimento, mantendo-se integralmente a r. decisão, por ser medida jurídica que se impõe.*”

VOTO (23/10/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Daniel Nantes Abuchaim contra decisão proferida nos autos da ação civil de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

A decisão combatida, no que pertine ao julgamento do presente recurso, foi proferida nos seguintes termos:

Ab initio, cumpre salientar que, no presente momento processual, é cabível apenas a análise da viabilidade da ação, conforme disposição do art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesta fase preliminar da ação civil pública por improbidade administrativa, deve o magistrado, havendo ao menos indícios do ato ímprobo, receber a petição inicial e citar o requerido para contestar o pedido ou, se estiver convencido de que não há ato de improbidade administrativa, da improcedência do pedido ou da inadequação da via eleita, rejeitar de plano a ação.

A preliminar suscitada por André Puccinelli de que o agente político não estaria sujeito a responder por ato de improbidade administrativa, mas apenas por crime de responsabilidade não prospera, máxime porque a Lei nº 1.079/1950 somente atinge as autoridades discriminadas em seu art. 2º - o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República.

Nota-se, portanto, ser inadmissível acolher a tese defensiva do requerido, André Puccinelli, sob pena de prestigiar a impunidade, porquanto não poderia ser responsabilizado nem na presente ação, com fundamento na Lei nº 8.429/1992, nem com fundamento na Lei nº 1.079/1950, por não prever esta o Governador de Estado como sujeito passivo dos crimes que disciplina.

Por outro lado, ainda que o requerido André Puccinelli pudesse ser responsabilizado pelos crimes previstos na Lei nº 1.079/1950, insta esclarecer que esta define crimes de responsabilidade das autoridade nela discriminadas, tornando indiscutível sua natureza criminal, enquanto a Lei nº 8.429/1992 disciplina os atos de improbidade administrativa e as sanções aplicáveis aos agentes públicos no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, evidenciando sua natureza cível.

Em que pesem as leis em questão tutelarem, em alguma medida, bem jurídico semelhante, consistente na probidade administrativa, atuam em searas distintas, que se mostram autônomas e independentes, e, portanto, não se excluem.

A sentença criminal absolutória ou condenatória só interfere no julgamento da ação civil se negar a existência do fato ou a própria autoria delitiva, não produzindo tais efeitos, por outro lado quando a absolvição se dá por inexistência de provas.

De qualquer forma, a influência que a ação criminal possa ter na esfera cível não impede suas tramitações simultâneas e a imposição das consequências que lhe são próprias, tanto que o art. 313, § 4º, do Código de Processo Civil autoriza apenas a suspensão da ação cível, estando pendente de julgamento outra causa, pelo prazo máximo de um ano.

Nesse sentido é a jurisprudência:

[...]

Também a responsabilização administrativa é independente e autônoma das esferas cível e criminal, de modo que entendimento esposado pelo Tribunal de Contas a respeito de determinada conduta não afasta a apuração desta nas esferas cível e criminal.

Nesse sentido, mutatis mutandis:

[...]

Nesse passo, é de se ter presente que a Lei nº 8.429/1992, em seu art. 1º, expressamente prevê que respondem por ato de improbidade administrativa os agentes públicos, dentre os quais, consoante expressa previsão do art. 2º, inserem-se aqueles que exercem mandato por eleição.

Tal previsão torna indiscutível que também os agentes políticos com mandato eletivo sujeitam-se à Lei de Improbidade Administrativa, o que mostra ser descabido o inconformismo manifestado pelo requerido André Puccinelli.

A preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo requerido André Puccinelli, no sentido de que a responsabilidade pelo contrato e respectivas prorrogações é exclusiva do Secretário de Estado de Fazenda, por ter atuado no âmbito de suas atribuições, na realidade, confunde-se com o próprio mérito, no qual será determinado o dolo de cada um dos requeridos e apurada sua extensão, devendo, portanto, com este ser apreciado.

Também não prospera a alegação de parcialidade do Ministério Público e do consequente direcionamento das investigações ou da natureza ideológicas destas, haja vista que a divergência de entendimentos quanto a uma matéria por membros do Parquet nada mais explicita que o princípio de independência funcional, previsto no art. 127, § 1º, da Constituição Federal:

[...]

Tal princípio confere liberdade de entendimento e convencimento a cada membro do Ministério Público, os quais encontram-se vinculados apenas à sua própria consciência jurídica e pelos limites impostos pela Constituição Federal e pelas leis em geral.

Por tal princípio, não há, no desempenho de suas atividades funcionais, hierarquia ou subordinação entre membros, órgãos ou instâncias internas da instituição

A melhor doutrina assim, também, entende:

[...]

Outrossim, o fato de não terem sido incluídas na presente ação outras empresas prestadoras de serviços de informática para o Estado de Mato Grosso do Sul não induz ao entendimento de parcialidade e direcionamento ou sujeição das investigações a um determinado viés ideológico, explicitando novamente nada mais que o princípio de

independência funcional do Ministério Público, que repita-se, encontra limites nas normas e em sua livre convicção.

In casu, o Ministério Público pode não ter obtido elementos suficientes para imputação de ato de improbidade às demais empresas referidas pela parte ré ou pode, simplesmente, ter entendido que a apuração de contratos diferentes numa mesma ação, com a inclusão de diversas partes no polo passivo, prestar-se-ia apenas para aumentar a complexidade e dificultar a apuração dos fatos, mostrando-se apta a causar tumulto processual.

Nesse passo, cumpre salientar que, ainda que o inquérito civil tenha eventualmente sido instaurado após denúncia anônima e que isto possa ser considerada irregular, não se presta tal circunstância a macular a presente ação, por ser pacífico na jurisprudência que qualquer vício no procedimento investigatório preliminar não tem o condão de contaminar o processo judicial².

E ainda:

[...]

Por fim, a preliminar de que a inicial não estaria devidamente instruída também não prospera, por ter o Ministério Público expressamente o art. 14, § 1º, e incisos do Provimento nº 305, de 16.01.2014, que instituiu e consolidou, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, o sistema eletrônico de tramitação de processos judiciais, de comunicação de atos e de transmissão de peças processuais, nos termos da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006:

[...]

No entanto, a fim de facilitar a consulta dos documentos, nos termos do art. 14, § 2º, do Provimento nº 305/2014, determino à serventia que, havendo possibilidade técnica, efetue a digitalização e a juntada dos documentos apresentados pelo Parquet em mídia digital, com intimação das partes após cumprida tal providência.

Portanto, afastadas as preliminares e questões prejudiciais de mérito, reputo ser caso de recebimento da inicial, por ser controvertida na jurisprudência se é possível a terceirização pela Administração Pública de serviços próprios ou característicos de sua atividade-fim, o que demonstra não ser descabida a pretensão do Ministério Público, ora deduzida nos autos.

Com efeito, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em seu inciso III, admite a terceirização apenas para as atividades-meio da pessoa jurídica tomadora, e desde que inexistam os elementos de subordinação e da pessoalidade direta.

No entanto, tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 958.252, com Repercussão Geral reconhecida, que julga a validade da Súmula 331 do TST em virtude de um contrato considerado ilegal pela terceirização da atividade-fim, contrariando o verbete sumular:

Tal indefinição jurisprudencial a respeito da matéria, repitase, torna evidente a controvérsia do tema, emprestando ao menos probabilidade à pretensão ministerial, desautorizando, por consequência, a rejeição in limine da inicial.

Também a apuração se os serviços contratados, no caso concreto, constituem ou não a atividade-fim da Secretaria de Estado de Fazenda e, principalmente, se existem

os elementos de pessoalidade e subordinação direta, consoante afirmado na inicial, são matérias que demandam dilação probatória, possivelmente mediante prova testemunhal.

Também merecem apuração, por exemplo, mediante a necessária dilação probatória, a extensão dos serviços prestados e sua correspondência com aqueles contratados, e o acesso dado aos terceirizados, principalmente a dados sigilosos, o que, evidentemente, desautoriza a rejeição liminar da inicial.

Nesse passo, também a apuração da exorbitância do preço pelos serviços contratados é matéria que, evidentemente, demanda dilação probatória, inclusive pericial, se for o caso, e análise mais aprofundada, ensejando, de igual sorte, o recebimento da inicial.

At last but not least, insta salientar que, nesta fase processual, de análise dos requisitos para admissibilidade da ação civil pública por improbidade administrativa, vigora o princípio do in dubio pro societate, conforme jurisprudência abaixo, não tendo os réus, em suas manifestações preliminares, apresentado elementos capazes de convencer esse juízo acerca do indeferimento prematuro desta inicial, in litteris:

[...]

Em tal situação, não se mostrando manifestamente descabida a pretensão ministerial, é indispensável o prosseguimento da ação para apurar se de fato houve ou não, a alegada improbidade administrativa, razão pela qual, no termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, recebo a inicial.

Nos termos do art. 14, § 2º, do Provimento nº 305/2014, determino à serventia que, havendo possibilidade técnica, efetue a digitalização e a juntada dos documentos apresentados pelo Parquet em mídia digital.

Cumprida a providência supra, cite-se os requeridos para, no prazo de 15 dias, apresentarem contestação, defendendo-se dos fatos alegados.

Após, ao Ministério Público para impugnação.

Intime(m)-se. Cumpra-se.

Irresignado com a decisão supratranscrita, o agravante interpõe este recurso, requerendo:

“seja o presente recurso conhecido e provido em seus amplos efeitos, reformando a decisão agravada, com o acolhimento da preliminar levantada de prejudicial de mérito; (...) Caso não seja acolhida a preliminar arguida, o que se espera apenas por hipótese, considerando que as acusações de descumprimento da Lei Federal, baseado na Lei de Improbidade Administrativa ‘devem ser vistas com muito cuidado, para não se cair em erro ou engano’, bem como, levando-se em consideração que o ‘processo leva consigo uma carga de sacrifício (eu ousaria dizer de dor) que nenhuma sentença pode reparar’, serve o presente recurso para apresentar os motivos que merecer levar à rejeição da Ação Civil Pública, deixando-se de receber a petição inicial” (f. 48).

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 56-62).

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 105-130, opinando pelo “*não acolhimento a preliminar arguida pelo agravante e pelo improvimento do agravo de instrumento interposto por Daniel Nantes Abuchaim*” (f. 130).

Usurpação de competência.

O agravante suscita preliminar de usurpação de competência do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, uma vez que o processo administrativo, o contrato e sua execução e os termos aditivos foram devidamente aprovados pela Corte de Contas Estadual.

Todavia, nada obstante seja de competência do Tribunal de Contas do Estado a fiscalização do Poder Executivo, é cediço que tal fato não influencia na possibilidade de ajuizamento e processamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do que dispõe o artigo 21, inciso II, da Lei nº 8.429/92. Confira-se:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. (Destaquei)

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SUPOSTA CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIÇOS POR MEIO DE CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA – RECEBIMENTO DA INICIAL – ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/92 – SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA O FIM DE AFERIR A INEXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO OU A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO: MATÉRIA DE MÉRITO – SÚMULA 7/STJ – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 165 E 535 DO CPC – SUBMISSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS À LEI 8.429/92 – CONTAS APROVADAS POR TRIBUNAL DE CONTAS QUE SÃO PASSÍVEIS DE VERIFICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO – SÚMULA 83/STJ.

[...]

8. “O Controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário, consoante expressa previsão do art. 21, inc. II, da Lei nº 8.429/92. Precedentes: REsp 285305/DF, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 13/12/2007 p. 323; REsp 880662/MG, Segunda Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007 p. 255; REsp 1038762/RJ, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009” (REsp 1.032.732/CE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3/12/2009).

9. Agravo regimental não provido.¹

Afasto, portanto, a preliminar de usurpação de competência arguida.

Mérito.

No caso, da análise dos autos e da leitura da decisão supratranscrita, constato a existência de fundamentos que indicam a necessidade de modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso, juiz Marcel Henry Batista de Arruda.

¹ AgRg no Ag 1404254/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014.

Dou, portanto, provimento ao recurso.

O Ministério Público Estadual ajuizou a ação civil por ato de improbidade epigrafada em desfavor do agravante, sob alegação de cometimento de ato de improbidade administrativa que teria acarretado na violação de princípios da Administração Pública.

Segundo o órgão ministerial, o agravante, na condição primeiro de Coordenador de Suporte e Operação e depois como superintendente de gestão da informação, durante os anos de 2007 a 2012, apresentou justificativa ao Secretário de Estado de Fazenda acerca da necessidade de prorrogar a terceirização ilícita de atividade-fim, com nítido objetivo de beneficiar a Empresa Itel Informática Ltda.

Aduz o Ministério Público que a conduta do agravante violou a regra de realização de concurso público para a investidura nos cargos de analista de tecnologia de informação e técnico de tecnologia da informação, além de descumprir com termo de ajustamento de conduta firmado em 5.5.2005 entre o Estado de Mato Grosso do Sul, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, e o Ministério Público do Trabalho, cujo objeto era a regularização da contratação de mão-de-obra para o exercício das atividades-fim da Administração Estadual.

Em que pese ser louvável a intenção do *Parquet* com a lisura e os princípios que regem a administração pública, a decisão que recebeu a inicial da presente ação deve ser reformada. Explico.

Cediço que o caráter sancionador da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) destina-se aos agentes públicos, servidor ou não, que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário público (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública, tal como a moralidade administrativa (art. 11).

Ressalte-se que as sanções da mencionada lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

O artigo 17, § 8º, da referida lei, por sua vez, dispõe que “*recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*”.

Desta feita, ao apreciar a manifestação por escrito de que trata o artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, está o magistrado obrigado a cotejar com a exordial e aferir o seu convencimento acerca da: (i) inexistência de ato de improbidade administrativa, (ii) improcedência da ação ou (iii) inadequação da via eleita.

De forma semelhante entende a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual também admite a rejeição preliminar da ação, desde que cumpridos os requisitos legais.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/1992.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Na fase prevista no art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, o magistrado deve limitar-se a um juízo preliminar sobre a inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, a fim de evitar a ocorrência de lides temerárias.

3. Hipótese em que o recorrente busca a apreciação de argumentos sobre o mérito da ação civil pública e sua eventual participação em atos de improbidade, o que é inviável nesse momento processual, devendo ser objeto de análise por ocasião do julgamento da demanda principal.

4. Recurso especial não provido.” (Grifou-se)²

Destarte, cumpre destacar que, neste momento processual, cabe agora ao colegiado realizar o juízo de admissibilidade prévio da ação civil de improbidade administrativa, analisando se estão presentes indícios que justifiquem o prosseguimento da ação, ou se é o caso de sua rejeição em razão da inexistência de ato de improbidade administrativa, ou de improcedência da ação ou de inadequação da via eleita.

Na hipótese vertente, verifica-se que o agravante não é o responsável pela formalização do Contrato nº 24/2006, isto porque, conforme mencionado pelo próprio *Parquet*, o aludido pacto foi assinado em 1.12.2006, no último ano de gestão do governo de José Orcírio Miranda dos Santos, sendo portanto, pactuado pelo seu Secretário de Estado de Receita e Controle à época, Etsuo Hirakawa, e pelo Secretário de Estado de Gestão Pública, Ronaldo de Souza Franco (f. 868-877 dos Autos nº 0004113-28.2016.8.12.0001).

Nada obstante o agravante ter apresentado justificativas ao Secretário de Estado de Fazenda, na condição de coordenador e de superintendente de gestão de informação, onde demonstrou a necessidade de aumento na contratação de pessoal mais especializado, frente às soluções de inovação tecnológica, citando, inclusive, o referido contrato que a Administração Estadual já possuía com a Empresa Itel Informática Ltda, tal conduta estava baseada em fundamentos legais, assim como na efetiva necessidade de se prorrogar o contrato ora debatido.

Ademais, a Unidade de Assessoramento Jurídico, Administrativo e Contratos/CAF/SEFAZ manifestou-se favoravelmente ao aditamento e consequente prorrogação do contrato em todos os processos, conforme se vê às f. 878-933 dos Autos nº 0004113-28.2016.8.12.0001.

Mesmo que se considerasse que o agravante praticou a conduta descrita na inicial, consistente na manutenção de contrato referente à terceirização supostamente ilícita, importante salientar que o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997 autorizou expressamente a contratação de serviços de informática³.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a legislação estadual trata do tema através do Decreto nº 10.285, de 20 de março de 2001, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Estadual direta, autárquica, fundacional e empresas públicas integrantes da administração indireta. Veja-se:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Estadual direta, autárquica, fundacional e empresas públicas integrantes da administração indireta poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias e instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

*§ 1º Poderão ser objeto de execução indireta as atividades de conservação, limpeza, jardinagem, segurança, vigilância, transporte, **informática**, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, quando o órgão ou entidade não tenha condições de executá-las por razões técnicas, de custos, de qualidade ou estratégicas.*

² RESP 200702640740, Recurso Especial – 1008568. Segunda Turma. Rel Min. Eliana Calmon DJE 04.08.09

³ Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 2º O órgão ou entidade contratante deverá buscar, prioritariamente, a execução da atividade por outros órgãos ou entidades da administração pública, ressalvadas as condições previstas no parágrafo anterior. (Destaquei)

Assim, como visto, a contratação objeto da presente ação civil pública possuía respaldo legal.

Ressalto, ao contrário do mencionado na inicial, não ter ocorrido no caso vertente terceirização de atividade-fim, uma vez que a Secretaria de Estado de Fazenda possui como competência a gestão das políticas tributárias do Estado, a administração dos recursos financeiros do Tesouro Estadual, o controle quanto a regularidade na realização das receitas e despesas e a contabilidade dos recursos orçamentários, financeiros e patrimoniais, bem como o acompanhamento e a coordenação de programas e projetos governamentais, devidamente definida na legislação segundo o art. 1º do Decreto 12.268, de 26 de fevereiro de 2007⁴, revogado pelo Decreto nº 14.166, de 27 de abril de 2015⁵, que, todavia, continuou estabelecendo atribuição idêntica à legislação anterior.

Ora, como se vê, a Secretaria de Estado de Fazenda não possui como atividade-fim a elaboração e a manutenção de softwares, e este era exatamente o objeto do Contrato nº 24/2006. Veja-se:

Contrato nº 24/2006:

Cláusula primeira – do objeto 1.1 O objeto do presente contrato é a contratação de empresa especializada para a prestação de serviço de: Licenciamento de uso de sistemas de informática; alocação de horas técnicas para desenvolvimento, manutenção, suporte, operação e produção de sistemas de informática; manutenção preventiva e corretiva de equipamentos de informática, com fornecimento de peças; digitalização e microfilmagem eletrônica de documentos.

Assim, verifico não estar configurada a terceirização ilícita como afirmado pelo Ministério Público, porquanto o contrato discutido na presente demanda refere-se à prestação de serviços de informática que, nada obstante serem essenciais para que a Secretaria de Estado de Fazenda exerça sua atividade de tributação, arrecadação e administração das receitas estaduais, não significa terceirização da atividade-fim, eis que, em verdade, constitui atividade-meio.

Nesse sentido, veja-se jurisprudência sobre caso análogo:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSCRIÇÃO DE DADOS E PREPARO DE DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO CIVIL NOS POSTOS DO DETRAN-RJ – APLICAÇÃO DE SANÇÕES CIVIS AOS RESPONSÁVEIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA VEDADO POR LEI COM ROUPAGEM DE TERCEIRIZAÇÃO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS POR CONCURSO – DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ATIVIDADE FIM DO ESTADO. 1. Trata-se de Ação Civil Pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público

4 Art. 1º A Secretaria de Estado de Fazenda, órgão integrante do grupo responsável pela gestão do Estado, tem como competência a gestão das políticas tributárias do Estado, a administração dos recursos financeiros do Tesouro Estadual, o controle quanto a regularidade na realização das receitas e despesas e a contabilidade dos recursos orçamentários, financeiros e patrimoniais, bem como o acompanhamento e a coordenação de programas e projetos governamentais, nos termos do art. 12 da Lei nº 2.152, de 26 de outubro de 2000, com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 2.598, de 26 de dezembro de 2002, e pelo art. 4º da Lei nº 3.345, de 22 de dezembro de 2006.

5 Art. 1º A Secretaria de Estado de Fazenda, órgão integrante das Estruturas Meio de Gestão da Administração Estadual do Poder Executivo, nos termos da Lei nº 4.640, de 26 de dezembro de 2014, tem como competência a gestão das políticas tributárias do Estado, a administração dos recursos financeiros do Tesouro Estadual, o controle quanto à regularidade na realização das receitas e das despesas e a contabilidade dos recursos orçamentários, financeiros e patrimoniais, bem como o acompanhamento e a coordenação de programas e projetos governamentais.

objetivando a declaração de nulidade do Contrato de Prestação de Serviços celebrado entre o Detran-RJ e persona assessoria empresarial Ltda firmado em 01/10/2003, no valor de R\$ 6.360.259,10 (seis milhões, trezentos e sessenta mil e duzentos e cinquenta e nove reais e dez centavos) e com prazo de vigência de cento e oitenta dias. 2. O referido contrato consiste na prestação de serviço de transcrição em processamento de dados e preparo de documentos relativos à habilitação e identificação civil em todos os postos do Detran-RJ. Conforme relato ministerial, tal contrato estaria viciado porque, na realidade, mascara intermediação de mão de obra numa atividade fim do Detran-RJ, prática vedada em nosso ordenamento pátrio e que viola princípios inerentes à Administração Pública como a isonomia, impessoalidade, eficiência e moralidade administrativa. 3. Em razão do exposto, requer, em síntese, a declaração de nulidade do contrato em tela, as condenações de Hugo Leal Melo da Silva e da Persona Assessoria Empresarial Ltda., bem como a declaração de eficácia dos atos praticados pelos funcionários da empresa Persona Assessoria Empresarial Ltda, objetivando proteger terceiros de boa-fé que se utilizaram dos serviços do Detran-RJ. 4. Sentença do juízo de piso julgando improcedentes os pedidos ministeriais por não ter verificado os pressupostos caracterizadores do ato de improbidade administrativa. 5. Apelação Cível interposta pelo Ministério Público pugnando pelo conhecimento e provimento do presente recurso com vistas a que seja reformada a sentença para julgamento procedente dos pedidos autorais, reconhecendo-se a nulidade da contratação ora em comento e condenando-se os réus às sanções do art. 12, III, da Lei 8.429/92. 6. Sentença que merece ser mantida. **A preparação de documentos e a transcrição em processamento de dados são atos preparatórios da identificação constituindo, portanto, atividade meio, não sendo vedada a sua contratação.** A conferência, a guarda e tutela das informações é que seria efetivamente a atividade fim, sendo realizada por servidores concursados. 7. **Portanto, havendo legalidade na contratação em tela, tendo havido cumprimento integral do referido contrato de terceirização com a prestação do serviço à população, não se pode concluir pela caracterização de ato ímprobo, quer por não ter produzido qualquer dano ao Erário, quer por não ter havido a ocorrência de atos de improbidade administrativa previstos no art. 11, caput e incisos I e V, da Lei da Lei Federal 8429/92, ou seja, atos que atentariam contra os princípios da Administração Pública..** Precedentes desta Corte. Negado provimento ao recurso, na forma do artigo 557, caput, do CPC.⁶ (Grifei)

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA QUINTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, E POR MAIORIA DE VOTOS NÃO CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO – TUDO CONSOANTE OS TERMOS DO VOTO DO RELATOR – EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – IMPROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRELIMINAR – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE “VISTA” DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO – INTIMAÇÕES FEITAS NO PROCESSO ELETRÔNICO, INCLUSIVE DA FAZENDA PÚBLICA, SÃO CONSIDERADAS PESSOAIS PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS (LEI FEDERAL Nº 11.419/2006, DO ART. 5.º, § 6.º) – IMPOSSIBILIDADE DE CARGA FÍSICA DOS AUTOS – PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO – FÁBRICA MUNICIPAL DE ARTEFATOS DE CIMENTO PARA UTILIZAÇÃO EM OBRAS PÚBLICAS – CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA MEDIANTE LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO PRESENCIAL – EXECUÇÃO INDIRETA – POSSIBILIDADE – ATIVIDADE-MEIO DO MUNICÍPIO QUE PODE SER “TERCEIRIZADA”, OU SEJA, EXERCIDA DE FORMA INDIRETA – INTELIGÊNCIA DO DECRETO Nº 2.271/1997 – AUSÊNCIA

6 TJ-RJ - APL: 03425375220088190001 Rio de Janeiro Central de Assessoramento Fazendario, Relator: Sidney Hartung Buarque, Data de Julgamento: 27/08/2014, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 03/09/2014.

DE RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO ENTRE OS EMPREGADOS DA CONTRATADA E O MUNICÍPIO, POIS OS PRIMEIROS APENAS CUMPRIAM ORDENS DE SERVIÇO, NÃO ORDENS NO SENTIDO DE DETERMINAÇÕES SEMELHANTES ÀS EMITIDAS A SERVIDORES DO MUNICÍPIO – CONTRATO QUE SE DEU TAMBÉM POR PRAZO DETERMINADO – ATIVIDADES INERENTES A CARGOS PÚBLICOS EXTINTOS – ATO DISCRICIONÁRIO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL – INEXISTÊNCIA DE BURLA AO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REGRADA OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO) – SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE – REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO PORQUE INCABÍVEL (STJ, REsp 1385398/SE, julgado em 19/11/2015, DJe 04/12/2015; REsp 1220667/MG, julgado em 04/09/2014, DJe 20/10/2014). Sentença Mantida. Recurso de Apelação não Provido.⁷ (Destaquei)

Do mesmo modo, não há falar em prorrogação ilegal do contrato além dos 60 (sessenta) meses estabelecidos no artigo 57, II, da Lei 8.666/93⁸, visto que o § 4º do mesmo dispositivo excepciona a possibilidade de prorrogação de contrato por mais 12 (doze) meses⁹, mormente por se tratar de contrato de prestação de serviços contínuos, essenciais para o cumprimento das atividades de competência da Secretaria de Fazenda de Estado.

Outrossim, em que pese já ter mencionado que os atos tomados pelo Tribunal de Contas do Estado não interferem na esfera jurisdicional, anoto, por necessário, que os atos imputados como ímprobos no caso em apreço foram aprovados pelo Tribunal de Contas do Estado, como se infere das f. 190-206 dos Autos nº 0004113-28.2016.8.12.0001, cuja decisão transcrevo abaixo:

Por todo o exposto, e acolhendo o r. Parecer exarado pelo douto Ministério Público de Contas, e, com fundamento no artigo 13, inciso V da Resolução Normativa TC/MS nº 057/2006,

Decido:

1 - pela regularidade e legalidade da formalização do 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º Termos Aditivos ao Contrato Administrativo nº 024/2006, celebrados entre o Estado de Mato Grosso do Sul, através da Secretaria de Fazenda/MS., CNPJ/MF nº 02.935.843/0001-05, Representado por seu Titular, Senhor Mário Sérgio Maciel Lorenzetto, CPF/MF nº 110.946.811-91, como contratante e, de outro lado, a Empresa Itel Informática Ltda., CNPJ/MF nº 00.521.671/0001-06, por sua Representante, Senhor João Roberto Baird, CPF/MF nº 237.227.621-20, como contratada, tendo em vista que foram observadas as disposições legais pertinentes, nos termos do art. 59, inciso I, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 311, inciso II, e art. 312, inciso I (segunda parte) estes da Resolução Normativa TC/MS nº 057/2006;

2-pela regularidade e legalidade da execução financeira do Contrato Administrativo nº 024/2006, celebrado entre o Estado de Mato Grosso do Sul, através da Secretaria de Fazenda/MS., CNPJ/MF nº 02.935.843/0001-05, Representado por seu Titular, Senhor Etsuo Hirakava, CPF/MF nº 454.358.208-

7 TJ-PR - APL: 14863177 PR 1486317-7 (Acórdão), Relator: Rogério Ribas, Data de Julgamento: 04/10/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1920 10/11/2016.

8 Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: (...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses

9 Art. 57 (...)

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do *caput* deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.

04, como contratante e, de outro lado, a Empresa Itel Informática Ltda., CNPJ/MF nº 00.521.671/0001-06, por sua Representante, Senhor João Roberto Baird, CPF/MF nº 237.227.621-20, em face do cumprimento, exatidão dos seus valores e regular adimplemento das obrigações, conforme preconizam o inciso I do art. 59 da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o inciso II do artigo 311 e inciso I (segunda parte) do artigo 312, ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 057/2006;

3- pela quitação aos Ordenadores de Despesas, Senhor Etsuo Hirakava, CPF/MF nº 454.358.208-04 e Senhor Mário Sérgio Maciel Lorenzetto, CPF/MF nº 110.946.811-91, nos termos do art. 60 da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 313 do Estatuto Regimental;

4- pela comunicação deste julgamento aos interessados nos termos do art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 106, da Resolução Normativa TC/MS nº 057/2006;

5- É a decisão.

6- Publique-se, nos termos do art. 65 da Lei Complementar nº 160/2012. (Destaquei)

Da mesma forma, para que se configure o ato ímprobo não basta que o ato ou omissão atente contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, eis que devem também tais atos serem praticados de forma dolosa pelo réu, a fim de que se configure o tipo legal, constituindo assim atos ímprobos.

Nesse sentido firmou-se a jurisprudência entendendo ser necessária a comprovação do elemento subjetivo, ligado à ideia de desonestidade, de má-fé do agente público, para então ser possível diferenciar atos meramente irregulares de atos ímprobos. Veja-se:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 11, INC. VI, DA LEI Nº 8.429/92 – MERO ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS – ATO DE IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADO – NECESSIDADE DE MÁ-FÉ OU DOLO GENÉRICO – DESPROVIMENTO. 1. Apesar da demora do ex-Prefeito Municipal em prestar contas ao Tribunal de Contas estadual, é incontroversa a ausência de dolo genérico ou prejuízo ao erário em razão do cumprimento da obrigação a destempo. 2. **Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 11, inc. VI, da Lei nº 8.429/92, não basta o mero atraso na prestação de contas, sendo necessário demonstrar a má-fé ou o dolo genérico na prática de ato tipificado no aludido preceito normativo.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁰ (Destaquei)*

*EMENTA – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – APELAÇÕES – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS – ART. 37, XVI, C, DA CF/88 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA – NÃO MATERIALIZAÇÃO DE ATO ÍMPROBO – AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO – IMPROCEDÊNCIA DA POSTULAÇÃO AUTURAL. [...] 10. **Não configurada má-fé, não há como se condenar por improbidade administrativa.** 11. Não se está, com este acórdão, autorizando ou chancelando a prática inconstitucional de acumulação indevida de cargos públicos, que impõe as medidas hábeis para a sua prevenção, correção e repressão, mas apenas afirmando que, das particularidades do caso concreto (notadamente*

10 STJ - AgRg no REsp: 1223106 RN 2010/0197048-7, Relator: Ministro OG Fernandes, Data de Julgamento: 21/10/2014, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 20/11/2014.

diante da renúncia feita pelo réu à remuneração como Secretário Municipal), não se extrai a desonestidade ou a negligência qualificada que autorizam a punição por improbidade administrativa. 12. Pelo provimento da apelação dos réus e pelo desprovimento da apelação do autor.¹¹ (Destaquei)

No caso em apreço, os elementos constantes nos autos não têm o condão de comprovar que o réu agiu desonestamente, ou com a nítida intenção de violar a norma constitucional, a fim de locupletar-se ilicitamente, isto porque não restou demonstrado, nos autos, que o ora agravante provocou ou mesmo incentivou a perpetuação da terceirização ilícita dos serviços de tecnologia da informação referente ao Contrato nº 24/2006, dando causa à violação aos princípios da Administração Pública, em benefício da Empresa Itel Informática Ltda.

Importante ressaltar que as ações civis por ato de improbidade administrativa, em razão de possuírem o peculiar caráter sancionador estatal, assemelham-se às ações penais, exigem, por isso mesmo, um quarto elemento para o preenchimento das condições da ação - e consequente viabilidade da pretensão do autor - qual seja, a sua justa causa, correspondente a um lastro mínimo de indícios ou provas que comprovem a prática da conduta ímproba (materialidade) e indícios de sua autoria.

A respeito do assunto, indica o Ministro César Asfor Rocha¹² o conceito da justa causa nas ações sancionatórias:

Devo referir que alguns autores entendem, mas sem razão, ao meu ver, que a justa causa estaria encampada pela possibilidade jurídica, ou pelo interesse, de sorte que, mesmo respeitando essa posição (...), sigo a orientação que afirma que a justa causa - nas ações sancionatórias - constitui um requisito autônomo e distinto daqueles outros três, ou seja, nas ações sancionatórias há um quarto elemento circunstanciado da sua promoção. (...) Pois essa exigência (a da justa causa) e esse cortejo de efeitos também se fazem presentes na análise da inicial da ação por ato de improbidade administrativa (e de todas as ações sancionadoras), que deverá trazer no seu contexto a demonstração da seriedade e da consistência da promoção, mostrando - não apenas com esforço narrativo, mas com elementos materiais seguros e confiáveis - a materialidade do ilícito que se aponta e indicando, também com dados suficientes, seguros e sérios, quem seja o seu praticante; pode-se afirmar que sem essa demonstração objetiva, não estará satisfeita a exigência da justa causa.

A imprescindibilidade da comprovação da justa causa decorre da possível utilização do direito de ação de forma temerária, que, conforme sustenta o doutrinador Mauro Roberto Gomes de Mattos¹³, “*sem provas ou elementos de convicção para o julgador, deve ser rejeitada*”.

Diante da falta de indício, ainda que mínimo, de que o agravante praticou a conduta descrita na inicial, não se constata a ocorrência de ato ímprobo que justifique o recebimento da inicial, assim como não há necessidade de dilação probatória para valoração dos fatos, como menciona o magistrado da instância singular.

Nesse contexto, nos termos do disposto no artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92¹⁴, tenho que não há como acolher o fundamento utilizado para fins de recebimento da inicial, porquanto, friso, não há indícios

11 TRF-5 - AC: 1568820124058310, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 29/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 05/06/2014.

12 **Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa**, Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 28.

13 **O limite da improbidade administrativa: comentários à lei 8.429/92**, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 552.

14 1 Art. 17 (...)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

suficientes de que o agravante tenha praticado ato de improbidade administrativa, ou que tenha agido com culpa ou dolo e muito menos de que atentou contra os princípios da Administração Pública.

Anote-se, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça já adotou o entendimento de que é correta a rejeição da ação de improbidade quando ausentes indícios que a justifiquem. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – REJEIÇÃO DA INICIAL – POSSIBILIDADE – ELEMENTO SUBJETIVO E DANO AO ERÁRIO NÃO CARACTERIZADOS. Demonstrado claramente pelo Tribunal de origem, em confirmação da sentença e com base no exame aprofundado das provas e dos fatos, a efetiva ausência de elemento subjetivo desfavorável aos réus e de dano ao erário, é possível a rejeição da petição inicial. Agravo regimental improvido.¹⁵

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS – TRANCAMENTO – POSSIBILIDADE. 1. É correto o trancamento de ação de improbidade quando não se verificam indícios que a justifiquem. (...) 3. Recurso especial não provido.¹⁶

No mesmo sentido, já se manifestou este sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LESÃO AO ERÁRIO E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E EFICIÊNCIA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE – REJEIÇÃO DA AÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. A eventual omissão no processamento de execuções fiscais ajuizadas pela municipalidade que resulta em extinção das ações, não caracteriza, por si, ato improbo, dada a necessidade de indicação/comprovação do dolo ou da má-fé do imputado, aliado à consequente lesão ao erário ou ofensa aos princípios da administração. Se não se intimou pessoalmente o representante da municipalidade, a teor do disposto no artigo 25, da Lei nº 6.830/80, não é possível impor aos réus a responsabilidade pela extinção das execuções fiscais. Compete ao ente político a demonstração de eventual interesse processual seja no ajuizamento, seja na continuidade do processamento de execuções fiscais, o que não deve ser tido como contraponto aos artigos 10 inciso X, e 11, II, ambos da Lei de Improbidade. Sentença mantida. Recurso improvido.¹⁷

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FASE PREAMBULAR – REJEIÇÃO DA AÇÃO – ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/92 – INEXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECURSO DESPROVIDO. Nos termos do § 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, é possível a rejeição da ação civil pública, na fase preliminar; quando evidente a inexistência de ato de improbidade administrativa.¹⁸

As questões trazidas à apreciação foram suficientemente debatidas, sendo desnecessária, portanto, a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais prequestionados, mesmo porque o *decisum* encontra-se fundamentado na firme jurisprudência das Cortes Superiores.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de usurpação de competência e, no mérito, contra o parecer ministerial, dou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto por Daniel Nantes Abuchaim para, reformando a decisão hostilizada, rejeitar a inicial de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta em desfavor do agravante.

15 AgRg no REsp 1199374/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, j. 29/05/2012, DJe 05/06/2012.

16 Resp 852682/DF Rel. Minº Castro Meira j. 02/08/2007 DJ 15/08/2007, p. 260.

17 TJMS. Apelação nº 0800071-84.2013.8.12.0007, Cassilândia, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 01/12/2015, p: 02/12/2015.

18 TJMS. Apelação nº 0801830-80.2014.8.12.0029, Naviraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 28/07/2015, p: 29/07/2015.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (1º vogal)

Pedi vista destes autos para melhor analisar o caso, pois existem diversos interessados, inclusive com outros recursos contra a mesma decisão, em trâmite sob a análise desta 1ª Câmara Cível.

O feito principal trata de ação civil pública por improbidade administrativa, fundamentada na violação ao artigo 11, da Lei nº 8.249/92, em razão da contratação de empresas ligadas ao setor de informática para realização de atividade fim, em suposta contrariedade aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Ao agravante foi imputado o ato ímprobo por ter justificado a necessidade de prorrogar o Contrato nº 24/2006 (firmado entre o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul e a Empresa Itel Informática Ltda), que permitiu a continuidade de terceirização junto à Superintendência de Gestão de Informática, órgão da estrutura da Secretaria de Estado de Fazenda.

Segundo consta da exordial dos autos principais e da própria decisão ora agravada, os fatos apontados como atentatórios dos princípios da Administração Pública resumiam-se à terceirização de atividade-fim da Secretaria de Estado de Fazenda, com configuração da pessoalidade, habitualidade e subordinação direta da Administração Pública com os funcionários terceirizados; à abrangência de prestação de serviços e de fornecimento de materiais, em ofensa ao ato normativo estadual que regulamenta a terceirização; ao prazo de vigência do contrato e eventual exorbitância do preço do serviço prestado.

A respeito dessas pontos que fundamentaram a propositura da ação, entendo que a análise realizada pelo ilustre relator deve ser seguida para fins de julgamento e declaração de inadmissibilidade da ação de improbidade, nos moldes do artigo 17, § 8.º, da LIA.

Primeiro, há de se enfatizar que os serviços contratados podem ser terceirizados porque não se caracterizam como atividade-fim da Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, como bem delineou o ilustre par em seu voto.

Acrescento aos fundamentos utilizados pelo relator o fato de que, recentemente, a Corte Suprema julgou em regime de repercussão geral o tema sobre a terceirização de atividade e respectiva responsabilidade da empresa contratante no RE nº 958.252 e, apesar de ainda não haver publicação do acórdão do caso, ao que consta das certidões de julgamento houve a fixação do seguinte entendimento:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Das notas daquele julgamento, verifica-se que o ministro relator Luiz Fux havia entendido pela inconstitucionalidade dos incisos I, III, IV e VI do Enunciado Sumular 331 do TST.

Guardadas as respectivas distinções dos casos, há de se ponderar que a terceirização do serviço não se mostra ilícita nem deve ser vista como burla à regra do concurso público.

No caso em análise, por exemplo, sequer a identidade de desempenho de função restou bem demonstrada para aquilatar que os serviços prestados e terceirizados se tratava de atividade-fim da Secretaria de Estado de Fazenda.

O segundo ponto tratado diz respeito à vedação pelo Decreto Estadual nº 10.285/2001, que proíbe a contratação diversa da prestação de serviços, sendo que o caso analisado englobou também o fornecimento de programas de informática.

Nesse aspecto, convém observar que o Contrato nº 24/2006 possuiu por objeto o:

“(...) licenciamento de uso de sistemas de informática, alocação de horas técnicas para desenvolvimento, manutenção, suporte, operação e produção de sistema de informática, manutenção preventiva e corretiva de sistemas de informática, com fornecimento de peças, digitalização e microfilmagem de documentos”.

A descrição de cada objeto contratual foi especificado pelo anexo II do Pregão Presencial nº 04/2006, como explicitou detalhadamente o agravado na exordial dos autos principais.

O embate do agravado diz respeito ao fornecimento de sistemas de informáticas e demais acessórios, o que a meu ver tratou de ferramenta para a execução do serviço contratado, o que encontra permissão do artigo 4º, do aludido Decreto Estadual¹⁹, até porque houve a respectiva especificação desse fornecimento no ato convocatório da licitação realizada.

Por fim, quanto à prorrogação do prazo por período superior ao permitido pela Lei de Licitações, há de se observar que o contrato firmado foi de prestação de serviços de informática, cuja demanda mostrou-se e se mostra continuada, o que encontra permissivo no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, para o máximo de 60 meses.

O agravado se prende a dispositivo legal da lei de licitações que não trata da prestação de serviços e sim do *“aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática”* (inciso IV, do artigo 57 da Lei nº 8.666/93), o que sabidamente não era o objeto do contrato discutido.

É certo que o referido contrato vigorou por 63 meses, mas houve adequada justificativa para a excepcionalidade, além da possibilidade de extensão por mais 12 meses, como também permite o artigo 57, § 4º, da Lei de Licitações, que foi fundamento para o voto do ilustre relator.

Vê-se, pois, que apesar dos esforços empreendidos pelo agravado na investigação realizada e na ação proposta, não há indício de ato suficientes da prática de ato de improbidade, e assim não se justifica o prosseguimento do feito.

Por tais razões, acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (2º vogal)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Daniel Nantes Abuchaim em face da decisão que recebeu a inicial da ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Estadual, sob argumento de possível prática de ato ímprobo pelo agravante.

O e. relator deu provimento ao agravo de instrumento para, reformando a decisão hostilizada, rejeitar a inicial de ação civil por ato de improbidade administrativa em desfavor do agravante.

A peça inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve trazer de forma clara e objetiva a exposição dos fatos e as circunstâncias em que se deram, individualizando a conduta do agente, de modo a viabilizar a completa prestação jurisdicional, com observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A rejeição da peça inicial necessita da demonstração de que as alegações apresentadas são manifestamente infundadas, bem como suficientes a convencer o julgador de que não ocorreu a prática do ato ímprobo, que a pretensão inicial não procede ou a via escolhida pelo autor é inadequada.

¹⁹ Art. 4º A utilização de equipamentos, acessórios e ferramentas que possam propiciar ganho de produtividade do trabalho deverá estar prevista no ato convocatório, bem como as condições que permitam sua aferição.

Os fundamentos que ensejaram o ajuizamento da presente ação em desfavor do agravante tratam de condutas imputadas ao Secretário de Estado do Governo em favor da Empresa Itel Informática Ltda, quais sejam: (i) suposta prática de atos ímprobos ocorridos na contratação da Empresa Itel Informática Ltda. para prestação de serviços de informática na Secretaria de Fazenda; (ii) terceirização ilegal de atividade-fim da Administração em detrimento da necessidade de realização de concurso público para exercício da mesma atividade; (iii) ilicitude da contratação e desrespeito aos limites da terceirização, por ter como objeto atividade permanente, cuja execução deveria ser atribuída a categoria funcional prevista no quadro da Administração e, ainda, por configurar, entre o funcionário terceirizado e a Administração, as características de pessoalidade, habitualidade e subordinação direta.

Assim, verifica-se que o agravado imputa ao ora agravante, condutas referentes a contratos – relacionados a serviços de informática e tecnologia de informação – que o Estado teria terceirizado à Empresa Itel Informática Ltda.

Entretanto, analisando detidamente os autos, não se verifica o recebimento de benefícios do agravante com a realização de contratos que a empresa mencionada possuía com o Estado de Mato Grosso do Sul, ou mesmo com os seus termos aditivos, ou seja, com as prorrogações e contratações mencionadas na exordial, porquanto a regularidade e legalidade de tais atos, inclusive, foi declarada pelo Tribunal de Contas do Estado, nos autos do Processo nº 0004113-28.2016.8.12.0001, onde assim ficou decidido:

“1 – pela regularidade e legalidade da formalização do 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º Termos Aditivos ao Contrato Administrativo nº 024/2006, celebrados entre o Estado de Mato Grosso do Sul, através da Secretaria de Fazenda/MS., CNPJ/MF nº 02.935.843/0001-05, representado por seu titular, Senhor Mário Sérgio Maciel Lorenzetto, CPF/MF nº 110.946.811-91, como contratante e, de outro lado, a Empresa ITEl Informática Ltda., (...), tendo em vista que foram observadas as disposições legais pertinentes, nos termos do art. 59, inciso I, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 311, inciso II, e art. 312, inciso I (segunda parte) estes da Resolução Normativa TC/MS nº 057/2006;”

Impõe destacar, desse modo, que não se justifica afirmar que exista motivação suficiente para afirmar que houve a prática dos supostos atos ímprobos indicados pelo agravado.

O caderno processual desta ação civil de improbidade administrativa é basicamente composto de afirmações no sentido de que a terceirização do serviço de TI seria ilegal, na medida em que despreza a necessidade de realização de contratação por meio de concurso público de serviços de mesma qualidade, contudo, não é possível vislumbrar a alegada articulação entre o agravante e os demais envolvidos nos fatos, especialmente porque o próprio Tribunal de Justiça, Ministério Público, Procuradoria-Geral do Estado, e outros órgãos públicos, também contratam serviços terceirizados, o que, todavia, é insuficiente para sequer iniciar a apuração de conduta ímproba.

Em verdade, a qualificação ao serviço público para que seja prestado com segurança, rapidez e eficácia deve ser tal que a técnica que se exige para seu funcionamento adequado está em constante evolução. Especialmente no setor de tecnologia.

Quanto à questão afeta à terceirização desses serviços, portanto, ressalto o decidido pelo e. Relator Des. Sérgio Fernandes Martins, no sentido de que *“não significa a terceirização de atividade-fim, eis que, em verdade, constitui atividade-meio”*.

O mais importante a ser considerado, ao final, é que há a necessidade de utilização de serviços altamente qualificados, e que precisam estar atualizados de acordo com as inovações do mercado. De modo que não se trata de serviço a ser comparado com aquele característico do trabalho prestado por servidor público concursado. Trata-se de questão afeta ao mercado, cujos critérios de contratação são diversos, mas

autorizados à administração públicas, desde que observados os trâmites necessários, o que, no caso em tela, tem-se que está demonstrado.

Tanto é assim, que resta claro no voto condutor do relator que *“diante da falta de indício, ainda que mínimo, de que o agravante praticou a conduta descrita na inicial, não se constata a ocorrência de ato ímprobo que justifique o recebimento da inicial”*.

Eis o que dispõe o art. 1º do Decreto 2.271 de 07/07/1997, em seu conteúdo:

Art. 1º. No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios (...)

É o que coaduna também com o Decreto Estadual nº 10.285 de 20/03/2001, segundo o qual, *“poderão ser objeto de execução indireta as atividades de conservação, limpeza, jardinagem, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações, quando o órgão ou entidade não tenha condições de executá-las por razões técnicas, de custos, de qualidade ou estratégicas”*. (§ 1º, art. 1º. Decreto Estadual nº 10.285/2001).

Ausentes quaisquer indícios de que o agravante tenha praticado a conduta descrita na exordial, não se constata a necessidade de dilação probatória para valoração dos fatos, logo, a decisão agravada não pode subsistir. Isso porque, como se vê, os certames licitatórios foram realizados em consonância com o disposto na Lei nº 8.666/93, a qual em seu artigo 6º, inc. VIII e art. 10, inc. II, autoriza que obras e serviços sejam executados de forma indireta (terceirização).

Acerca da rejeição da inicial por ausência de indícios de prática de ato de improbidade administrativa, este Eg. Tribunal de Justiça teve a oportunidade de proferir seguinte posicionamento:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – ADVOGADO – SUBSTITUIÇÃO EM AUDIÊNCIA REPRESENTANDO O MUNICÍPIO – MERA IRREGULARIDADE – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DOLO OU CULPA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Para a configuração do ato de improbidade administrativa, faz-se necessário que a conduta do agente público e do particular que a induziu, para ela concorreu ou dela se beneficiou, resulte na percepção de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício da atribuição pública; ou no prejuízo patrimonial das entidades amparadas pela proteção legal (art. 1º); ou, ainda, na violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. 2. O objetivo precípua da Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador desonesto, e não sancionar aquele sem habilidade ou preparo para os trâmites administrativos, ou o incompetente que pratica mera irregularidade. 3. Inexistem indícios mínimos de participação do agravante no suposto ato de improbidade administrativa.” (AI nº 1410117-65.2017.8.12.0000, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 06/02/2018)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROCESSO LICITATÓRIO PARA AQUISIÇÃO DE APARELHOS DE AR CONDICIONADO ANULADO – NULIDADE DO CERTAME – REALIZAÇÃO DE OUTRA LICITAÇÃO – EXIGÊNCIA DE EQUIPAMENTOS COM TECNOLOGIA

AVANÇADA – AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA – AUSÊNCIA DE DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO À EMPRESA VENCEDORA – SUPERFATURAMENTO NÃO CONSTATADO – ATO ÍMPROBO NÃO CONFIGURADO – DOLO AUSENTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O caráter sancionador da Lei nº 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. As regras insertas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com cautela, mesmo porque uma interpretação ampliativa poderá classificar de improbas condutas meramente irregulares, assente que não se enquadra nas espécies de improbidade do administrador inepto. Não há indícios de que o processo licitatório estava direcionado à determinada empresa, bem como que o primeiro certame foi anulado em razão do equipamento previsto, que oneraria o erário público, com gastos de energia elétrica, enquanto poderia ser realizada a compra de ares condicionados com tecnologia inverter, que gerariam economia à Administração Pública, em respeito aos princípios da supremacia do poder público e autotutela, notadamente que foi realizada instalação da rede elétrica para os equipamentos mais econômicos e não convencionais, que eram objeto do primeiro certame. (TJMS; AC 0801770-56.2014.8.12.0046; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; DJMS 01/08/2018; Pág. 56)

O Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisão no mesmo sentido. Veja-se:

ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO E NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, PELOS TERCEIROS, PARTICULARES INDICADOS COMO RÉUS – SÚMULA Nº 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73. II. Na origem, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação civil pública, postulando a condenação de Jaime Ricardo Conzatti, ex-Prefeito de Eldorado do Sul/RS, Jairo Luis Conzatti, ex-Secretário Municipal de Educação, Instituto de Tecnologia Aplicada à Informação – ITEAI e Helder Rodrigues Zebral, Diretor-Presidente do ITEAI, pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na indevida dispensa de licitação na contratação de projeto de informática. III. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem, mediante exame do conjunto probatório dos autos, deu provimento, em parte, às Apelações interpostas por Jaime Ricardo Conzatti e Jairo Luis Conzatti, para, reconhecendo a inexistência de dano ao erário, mas a presença de ato atentatório aos princípios da Administração Pública, reduzir as sanções a eles impostas. Já o apelo interposto pelo Instituto de Tecnologia Aplicada à Informação, ITEAI e Helder Rodrigues Zebral foi provido, para afastar a sua condenação pela prática de ato ímprobo, ao fundamento de que, “no que diz respeito à pessoa jurídica contratada e seu administrador, não há prova nos autos tenham agido fraudulentamente e se beneficiado indevidamente pela contratação. A mera proposta encaminhada ao município da prestação dos serviços e de venda de bens para a implantação do chamado Projeto Despertar não configura ato de improbidade administrativa. Ademais, não respondem pelo descumprimento das normas legais pela Administração Pública na apuração dos requisitos para a contratação direta. Em se tratando de apreciação de oferta de serviços, cumpria ao município verificar a relevância e necessidade e a viabilidade jurídica. Ademais, sequer foi alegado pelo Apelado tenham efetuado qualquer pagamento de comissão aos agentes públicos “. IV. Nas razões de seu Recurso Especial, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul não se insurgiu quanto ao ponto do acórdão recorrido, no qual o Tribunal de origem decidira

não ter ocorrido dano ao erário, postulando apenas que fosse reconhecida como improba a conduta dos ora agravados, particulares indicados como réus. V. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10” (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 31/03/2014. VI. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão. Para, reconhecendo a existência do elemento subjetivo na conduta dos agravados, condenar os particulares, indicados como réus, pela prática de ato de improbidade administrativa. Demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ. VII. Agravo Regimental improvido. (STJ; AgRg-AREsp 494.124; Proc. 2014/0068955-3; RS; Segunda Turma; Rel. Min. Assusete Magalhães; DJE 09/05/2017)

Por fim, para que seja posta uma pá de cal sobre o tema, garantindo-se que a respeito dele não mais existam debates infundados, importante destacar recentíssima notícia de decisão proferida pela Corte Suprema, onde ficou

“(...) assentando, ao final, a constitucionalidade da terceirização de atividade-fim ou meio, com a fixação da seguinte TESE: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993” (Recurso Extraordinário com Agravo 791.932 Distrito Federal - ARE 791932/DF; Relator: Min. Alexandre de Moraes; Plenário do STF; j. 11/10/2018)

A ementa de tal julgado, proveniente do STF, foi acordada nos seguintes termos, *in verbis*:

EMENTA – CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA – NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR DESRESPEITO A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97 E SV 10) – NEGATIVA PARCIAL DE VIGÊNCIA E EFICÁCIA AO INCISO II, DO ART. 94 DA LEI 9.472/1997 (LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES) POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO COM BASE NA SÚMULA 331/TST – IMPOSSIBILIDADE – LICITUDE DE TERCEIRIZAÇÃO DE TODA E QUALQUER ATIVIDADE, MEIO OU FIM, NÃO SE CONFIGURANDO RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE A CONTRATANTE E O EMPREGADO DA CONTRATADA (ADPF 324 E RE 958.252) – AGRAVO CONHECIDO – RECURSO PROVIDO. 1. A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. 2. A cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado (CF, art. 97 e SV 10). 3. É nula a decisão de órgão fracionário que, ao negar a aplicação do inciso II, do art. 94 da Lei 9.472/1997, com base na Súmula 331/TST, e declarar ilícita a terceirização e atividade-fim, reconhece a existência de vínculo trabalhista entre a contratante e o empregado da contratada,

pois exerceu controle difuso de constitucionalidade, declarando a parcial nulidade sem redução de texto do referido dispositivo em observar a cláusula de reserva de Plenário. Agravo provido. 4. O Plenário da Corte declarou parcialmente inconstitucional a Súmula 331/TST e proclamou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim; para afirmar a inexistência de relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Recurso extraordinário provido. 5. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, com a fixação da seguinte tese no TEMA 739: “É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o artigo 949 do CPC.” (Recurso Extraordinário com Agravo 791.932 Distrito Federal - ARE 791932 / DF; Relator: Min. Alexandre de Moraes; Plenário do STF; j. 11/10/2018)

Diante disso, infere-se que não há nenhum resquício de que o agravante teria, de fato, recebido ou mesmo oferecido qualquer vantagem indevida a fim de obter alguma vantagem, eis que as ilações trazidas aos autos são por demais frágeis.

Ante o exposto e contra o parecer ministerial, acompanho o voto do e. Relator para rejeitar a inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta em face do ora agravante, em razão da inexistência de indícios da prática de ato ímprobo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de outubro de 2018.

5ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1408023-13.2018.8.12.0000 - Campo Grande****Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRETENDIDA MEAÇÃO – HERDEIRA CASADA COM COMUNHÃO UNIVERSAL – CONCORRÊNCIA COM APENAS COM ASCENDENTE – POSSIBILIDADE – PEDIDO DE DEFERIMENTO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO – INVIABILIDADE – CÔNJUGE QUE NUNCA RESIDIU NO IMÓVEL – OUTROS BENS DEIXADOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Equívocou-se o julgador sentenciante em negar a herança ao cônjuge casado em comunhão universal de bens que estava em concorrência com apenas um ascendente, pois o art. 1.829, do CC, não o exclui da herança. É inviável apenas o deferimento da herança ao cônjuge nessa condição de casamento quando a concorrência é com descendente, em face de expressa disposição de lei.

A concessão do direito real de habitação para a agravante desvirtuaria os objetivos sociais e humanitários desse instituto, pois ela nunca residiu com seu marido nesse imóvel, bem como possui condições de manter o aluguel do imóvel que se encontra, pois o quinhão herdado pelo *de cujus* e sua meação não lhe deixaria desamparada.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento, em menor extensão, ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o Relator.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por L. B. C. de O. A. contra decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara de Família e Sucessões desta capital que, nos Autos de Ação de Inventário nº 0105640-04.2008.8.12.0001 em desfavor de N. A. (Espólio), afastou o direito de concorrência aos bens do espólio, fazendo jus tão somente à meação (50%); indeferiu o postulado direito real de habitação e; indeferiu a pretensão da meeira de indenização pela realização de benfeitorias.

A parte agravante em suas razões recursais alega que restou absolutamente equivocada a decisão que afastou a cônjuge sobrevivente da concorrência na herança do *de cujus*, requerendo o seu direito de concorrência aos bens do espólio em 25%, além da sua meação (50%).

Sustenta pelo direito real de habitação visto que a decisão atacada viola o art. 1.831 do CC, especialmente porque não considerou devidamente que se trata de único imóvel que está locado pela agravante para garantir o pagamento do aluguel da casa em que ela reside, servindo de garantia ao seu direito de habitação.

Afirma ainda que ao contrário do que restou decidido pela decisão guerreada, a pretensão de conhecer das despesas que a inventariante/agravante teve para manutenção dos bens do espólio devem ser reconhecidas nos autos do inventário, até mesmo porque quase a sua totalidade se referem à dívidas do espólio e despesas para manutenção de bens do espólio, que foram arcadas pela inventariante e, assim, que conheçam nos autos do inventário as despesas/pagamentos comprovados pela inventariante às f. 244-373 dos autos de origem, para que seja descontado do herdeiro/ascendente do de cujos a cota que lhe é correspondente antes da partilha.

Por fim requer o provimento do presente recurso.

Sem contrarrazões.

VOTO (EM 11/09/2018)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por L. B. C. de O. A. contra decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara de Família e Sucessões desta Capital que, nos autos de Ação de Inventário nº 0105640-04.2008.8.12.0001 em desfavor de N. A. (Espólio), afastou o direito de concorrência aos bens do espólio, fazendo jus tão somente à meação (50%); indeferiu o postulado direito real de habitação e; indeferiu a pretensão da meeira de indenização pela realização de benfeitorias.

O presente recurso é tempestivo e satisfaz todos os requisitos formais de admissibilidade, dessa forma, passo ao exame do agravo de instrumento interposto.

Passo às razões recursais.

A parte agravante em suas razões recursais alega que restou absolutamente equivocada a decisão que afastou a cônjuge sobrevivente da concorrência na herança do *de cujus*, requerendo o seu direito de concorrência aos bens do espólio em 25%, além da sua meação (50%). Sustenta pelo direito real de habitação visto que a decisão atacada viola o art. 1.831 do CC, especialmente porque não considerou devidamente que se trata de único imóvel que está locado pela agravante para garantir o pagamento do aluguel da casa em que ela reside, servindo de garantia ao seu direito de habitação. Afirmo ainda que ao contrário do que restou decidido pela decisão guerreada, a pretensão de conhecer das despesas que a inventariante/agravante teve para manutenção dos bens do espólio devem ser reconhecidas nos autos do inventário, até mesmo porque quase a sua totalidade se referem à dívidas do espólio e despesas para manutenção de bens do espólio, que foram arcadas pela inventariante e, assim, que conheçam nos autos do inventário as despesas/pagamentos comprovados pela inventariante às f. 244-373 dos autos de origem, para que seja descontado do herdeiro/ascendente do de cujos a cota que lhe é correspondente antes da partilha.

Pois bem.

O cerne da questão posta à apreciação cinge-se em saber se o cônjuge sobrevivente – L. B. C. de O. A. - tem o direito de concorrer com o ascendente – N. A. - no inventário, ressaltando que o *de cujus* não teve filho e que à época do seu falecimento era o único ascendente vivo (f. 81-83 dos autos de origem).

E a resposta, neste caso, é positiva.

Importante frisar que uma coisa é o direito de meação do cônjuge supérstite, outra é seu direito hereditário com relação ao seu consorte.

A respeito, colho trecho da doutrina de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim:

“Dentre os direitos patrimoniais do cônjuge, distinguem-se a meação e a herança. Uma coisa é a meação, que decorre do regime de bens e pré-existe ao óbito do outro cônjuge, devendo ser apurada sempre que dissolvida a sociedade conjugal. Diversamente, herança é a parte do patrimônio que pertencia ao cônjuge falecido, transmitindo-se aos seus sucessores legítimos ou testamentários” (Inventários e Partilhas: direito das sucessões – Teoria e Prática. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 94-95).

A pretensão encontra amparo na regulação legal aplicável à hipótese, visto que consoante o preceituado pelo artigo 1.829, inciso II, do Código Civil Brasileiro, na falta de descendentes, a sucessão legítima defere-se aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge. Deve ser destacado, outrossim, que a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente, por si só, lhe garante o direito à concorrer na legítima com o ascendente do extinto.

Há que ser salientado que, com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente também terá direito à sua meação, em consonância com o regulado pelo regime de bens adotado no casamento. Observe-se que, enquanto na herança há substituição da propriedade da coisa, na meação não, pois ela permanece com seu dono. Continuando, o direito de sucessão do cônjuge, em concorrência com os descendentes ou ascendentes, não se confunde com a meação relacionada ao regime patrimonial do casamento.

Com efeito, na meação os bens já pertencem ao cônjuge sobrevivente, enquanto que na sucessão os bens pertencem ao *de cujus*, sendo-lhes atribuídos a título de herança. É o que se extrai do disposto no artigo 1.837 do Código Civil que assim preceitua, *in verbis*:

“Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.”

Acerca do supracitado dispositivo legal, Nelson Nery Júnior ensina que:

“(...) ao contrário do disposto no inciso I do art. 1.829 do CC, que regula a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes, o inciso II do mesmo dispositivo de lei não condicionou a concorrência entre ascendentes e o cônjuge sobrevivente ao regime de bens adotado no casamento, razão pela qual “caso o morto não deixe descendentes, herdam concorrentemente, em igualdade de condições (CC 1836), seus ascendentes e o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens do casamento, desde que preenchidos por ele os requisitos do CC 1830. (...) Na segunda classe dos sucessíveis estão os ascendentes, porém, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, como vimos (CC 1829 II e 1836 caput), sendo variáveis a quota hereditária do cônjuge. Se o de cujus deixou simultaneamente ambos os pais (ascendentes do primeiro grau) e cônjuge sobrevivente, ao cônjuge tocará um terço da herança. Ao cônjuge tocará, porém, a metade da herança se houver um só ascendente (a mãe ou o pai do falecido). (...) Diferentemente do que ocorre quando o cônjuge sobrevivente concorre à herança do morto com descendentes deste (CC 1829 I), não importa para a segunda ordem de vocação hereditária (CC 1829 II) o regime de bens de casamento. Independentemente do regime de bens concorre o cônjuge sobrevivente à herança de seu ex-cônjuge com o ascendente, ou ascendentes, dele.

*Quatro possibilidades podem ocorrer: a) os ascendentes em primeiro grau são os pais. Se o cônjuge concorre com os pais do falecido, 2/3 da herança é dos pais e 1/3 é do cônjuge; b) se concorre somente com o pai do falecido, metade da herança para cada um; c) se concorre o cônjuge sobrevivente com a mãe do falecido, metade da herança para cada um; (...)” (NERY JR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. Revista dos Tribunais, in <https://proview.thomsonreuters.com>)*

Assim, em consonância com as regras albergadas nos artigos 1829, II e 1837 do Código Civil Brasileiro, concorrendo com o ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança, e, se houver só um ascendente vivo, o cônjuge herdará a metade da herança.

No caso, ante o fato de que o extinto não deixara bens particulares, a sucessão pela agravante, cônjuge sobrevivente, deve ocorrer na forma almejada, ou seja, na proporção de 75% para a agravante, como cônjuge sobrevivente e meeira; e 25% para o agravado, herdeiro ascendente.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL – SUCESSÃO – CÔNJUGE SUPÉRSTITE – CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO – PACTO ANTENUPCIAL – EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS – NULIDADE DA CLÁUSULA – RECURSO IMPROVIDO. 1 - O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família. 2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento. 3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do de cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento. 4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5 - Recurso improvido.” (REsp 954.567/PE, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011)

A agravante pugna, também, quanto ao seu direito real de habitação, uma vez que se trata de único imóvel e que está locado e que este aluguel lhe garante o pagamento do aluguel da casa em que reside.

Tenho que o direito real de habitação consiste em uma garantia conferida ao cônjuge ou companheiro sobrevivente para permanecer no imóvel utilizado como residência da família, conforme dispõe o artigo 1.831 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”

A norma acima transcrita possui uma natureza nitidamente protecionista, garantindo o direito fundamental à moradia, disposto no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal, em atenção ao postulado da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Frise-se que a agravante informa, na minuta do agravo de instrumento, que o imóvel é uma chácara e que está arrendada.

Destarte, não se pode considerar revogado o direito real de habitação da agravante, porquanto deixou de residir no imóvel, até porque, os frutos advindos da locação do imóvel se destinam ao aluguel para sua moradia.

Ademais, não é crível que nosso ordenamento jurídico conceda um direito (direito real de habitação), mas não forneça os meios necessários para o seu exercício.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVENTÁRIO – BEM LOCADO – DETERMINAÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL DOS LOCATIVOS – DESCABIMENTO – DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. Caso em que o cônjuge sobrevivente possui direito real de habitação sobre o imóvel, único deixado pelo de cujos, ainda que não esteja nele residindo. Estando o imóvel locado, e sendo o valor dos locativos utilizados na subsistência do cônjuge sobrevivente e no pagamento de sua nova morada, o valor deve continuar sendo por ele auferido. Deram Provimento. (TJ-RS - AI: 70066358300 RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 12/11/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/11/2015)

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA CUMULADA COM DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE PARTILHA E TUTELA DE URGÊNCIA – DIREITO DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE – REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.831 DO CÓDIGO CIVIL – DEPÓSITO JUDICIAL DE 50% DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO – ADMISSIBILIDADE – NECESSIDADE DE GARANTIR À MEEIRA POSSÍVEL BEM OMITIDO NA PARTILHA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO – É garantido ao cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens estabelecido no casamento, o direito de permanecer habitando no imóvel destinado à residência da família, desde que seja ele o que vinha sendo utilizado pelo casal como moradia e o único bem de natureza residencial a ser inventariado, consoante dispõe o artigo 1.831 do Código Civil. Existindo controvérsia sobre a necessidade de partilha de contrato de arrendamento de bem imóvel, deve-se manter a decisão que determinou o depósito em juízo de metade dos valores auferidos pelos agravantes, a fim de se respeitar eventual direito de meação da agravada. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1411790-93.2017.8.12.0000, Ponta Porã, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 28/11/2017, p: 30/11/2017).

Assim, tenho que o direito real de habitação assegurado pelo artigo 1.831 do Código Civil também deve ser mantido quando o cônjuge sobrevivente aluga o único imóvel da herança para pagar o aluguel da casa em que reside.

Quanto à pretensão da cônjuge meeira, frise-se inventariante, de que sejam conhecidas as despesas que ela teve para a manutenção dos bens do espólio, tenho que não merece prosperar.

Explico.

Como cediço, o espólio é um conjunto patrimonial autônomo representado e administrado pelo inventariante. A inventariança constitui encargo pessoal, porquanto produz responsabilidade própria daquele que a exerce e de investidura isolada. Sendo assim, caberá ao inventariante administrar todos os bens que constituem a massa partível, arrolá-los e descrevê-los, além de, dentre outros, representar ativa e passivamente a herança em juízo ou foro dele e “*administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência que teria se seus fossem*”.

Vejamos:

Art. 618. Incumbe ao inventariante:

I - representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 75, § 1º;

II - administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência que teria se seus fossem;

III - prestar as primeiras e as últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais;

IV - exibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio;

V - juntar aos autos certidão do testamento, se houver;

VI - trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído;

VII - prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar;

VIII - requerer a declaração de insolvência.

Então, deduz-se que o supracitado dispositivo estabelece os deveres do inventariante direcionados ao regular processamento do inventário e partilha.

Destaca-se que a possível indenização das despesas atinentes aos bens do espólio, pela inventariante, na qualidade de representante do espólio, deve ocorrer incidentalmente ao processo de inventário e partilha, tramitando em apenso a ele (CPC, art. 553) em ação de prestação de contas.

A propósito o STJ já sedimentou entendimento no AgR no Ag 1089672S/P, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 12.04.2010.

Ainda, o artigo 619 do CPC enumera as demais incumbências do inventariante:

Art. 619. Incumbe ainda ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do juiz:

I - alienar bens de qualquer espécie;

II - transigir em juízo ou fora dele;

III - pagar dívidas do espólio;

IV - fazer as despesas necessárias para a conservação e o melhoramento dos bens do espólio. Destaquei.

Lamy da Silva¹ traz a seguinte consideração:

“Veja-se que estas atribuições, ao contrário daquelas previstas no art. 618, dependem da ouvida dos demais interessados, bem como de anuência do juízo, requisitos esses sem os quais a prática dos atos constantes do art. 619 – (...) seria nula (STJ, REsp 972.283/SP, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio Noronha, j. 07.04.2011, djE 15.04.2011.)

¹ SILVA, Eduardo Lamy da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Tribunais. 2016, p. 515.

Assim, vislumbra-se que incumbe ao inventariante a administração da herança, pois, afinal, detém a posse dos bens e o dever de zelar por eles como se fossem seus, sendo que no desempenho de suas atribuições pode alienar bens, efetuar transações, pagar as dívidas do espólio e fazer despesas imprescindíveis para conservar e valorizar o acervo sucessório.

Contudo, como já acima anotado, a prestação de contas pelo inventariante, na qualidade de representante do espólio deve ocorrer incidentalmente no processo de inventário e partilha, tramitando em apenso a ele (CPC, art. 553).

Conclusão

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto por L. B. da C. de O. A., para determinar que a agravante concorra com os bens do espólio em 25%, além da sua meação (50%), bem como que a pretensão de indenização deve ocorrer como prestação de contas em ação incidental ao processo de inventário e; para reconhecer o direito real de habitação da agravante.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 25/09/2018 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 25/09/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria devolvida antes de proferir meu voto.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por L. B. C. de O. A. em face da decisão proferida nos autos de ação de inventário dos bens deixados por falecimento de N. A. F.

Inconformada, recorre a esta Corte objetivando a reforma da decisão. Para tanto, alega que além de seu direito de meeira, que lhe garante 50% dos bens do inventário, pelo fato de existir apenas um ascendente, possui direito de herança na proporção de mais 25% dos bens deixados, que lhe garante 75% do total dos bens do inventário. Sustenta que também possui direito real de habitação ao único bem deixado pelo *de cujus*, porque, embora ele esteja alugado, os frutos desse negócio são utilizados para pagar o aluguel do imóvel onde reside. Defende que faz *jus* a indenização em razão de ter arcado com os custos de manutenção dos bens do inventário. Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

No julgamento deste agravo, realizado no dia 11/09/2018, o ilustre Relator, após conhecê-lo, deu-lhe parcial provimento “(...) para determinar que a agravante concorra com os bens do espólio em 25%, além da sua meação (50%), bem como que a pretensão de indenização deve ocorrer com prestação de contas em ação incidental ao processo de inventário e; para reconhecer o direito real de habitação da agravante”.

Em que pesem os fundamentos contidos no voto do ilustre Relator, *data vênia*, devo divergir deles para dar provimento parcial ao recurso em menor extensão. Explico:

Infere-se dos autos de inventário, especificamente da petição de últimas declarações (f. 237-243), que a agravante, na condição de inventariante, informou que os imóveis a serem partilhados são:

“(...)

a) Imóveis descritos as f. 34-36 assim registrados no Cartório de Registro de Imóveis: f. 34, bem imóvel registrado sob a Matrícula n. 45.344, uma parte de terras da Fazenda Retiro das Três Barras com 2 hectares, 5.000 m², sendo 5 de frente para

o corredor da 3 Barras e 15 kms, tendo como benfeitorias casa de moradia, cerca de aramados, avaliado em R\$ 178.233,57, conforme avaliação do Estado de Mato Grosso do Sul as f. 201, devendo ser considerado esse imóvel o direito real de habitação em nome da cônjuge supérstite visto que não tem outro imóvel que possa ser objeto de moradia.

b) Imóveis descritos as f. 37-39 assim registrados no Cartório de Registro de Imóveis: f. 34, bem imóvel registrado sob a Matrícula n. 48.329, dentro dos seguintes limites e confrontações, perímetro inicia-se no marco 01 do levantamento, avaliado em R\$ 142.586,86, conforme avaliação do Estado de Mato Grosso do Sul as f. 201-203

c) Imóveis descritos as f. 40-42 assim registrados no Cartório de Registro de Imóveis: bem imóvel registrado sob a Matrícula n. 88.749, Gleba B uma parte de terras da Fazenda Retiro das Três Barras com 20.000 m² hectares, localizada na Estrada que liga Campo Grande a 3 Barras avaliado em R\$ 142.586,86, conforme avaliação do Estado de Mato Grosso do Sul as f. 201

d) Crédito no valor de R\$ 200.000,00 oriundo da sentença procedente dos autos n. 0054017-90-2011-8-12-0001, no qual foi feito um depósito no valor inicial de R\$ 200.000,00, tendo sido deduzido desse valor conforme ordens judiciais emanadas nos presentes autos o pagamento das seguintes despesas do espólio: 1) honorários advocatícios do Dr. Guilherme no valor de R\$ 40.000,00, (alvará de f.), pagamento do ITCD as ls. 204, no valor de R\$ 16.054,46.

e) Conforme recibos ora juntados, a inventariante junta aos presentes autos todas as despesas gastas com a manutenção dos imóveis, pagamento de taxas, impostos, bem como dívidas trabalhistas que serão objeto de compensação dos valores a serem liberados nos presentes autos”

Destaca-se que a decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“(...) Tendo em vista que a meeira era casada com o de cujus pelo Regime de Comunhão Universal de Bens (f. 6), afasto de antemão, nos termos do art. 1.829, I, do CC, seu direito de concorrência ao bens do espólio, fazendo jus tão somente à meação (50%). Ademais, deve a parte restante da herança (50%) ser destinada aos herdeiros do espólio de Nalei Abdala uma vez que, como sabido, a sucessão se abre no momento do óbito do inventariado (princípio da saisine), não havendo que se falar em perda da vocação hereditária pelo óbito posterior do herdeiro. Outrossim, não havendo comprovação de que a meeira de fato residia no imóvel que compõe o acervo, destoando inclusive da declaração de seu próprio endereço, indefiro o postulado direito real de habitação. Indefiro, do mesmo modo, por se tratar de questão de alta indagação, a pretensão da meeira de conhecer nos presentes autos a indenização pela realização de benfeitorias, remetendo as partes as vias ordinárias, por exigir um procedimento próprio/autônomo (ampla dilação probatória), na forma do que dispõe o art. 612 do CPC. Citem-se os herdeiros de Nalei Abdala (Zelma, Nazira, Márcia Lilian e Paulo - f. 244) para se habilitarem no presente feito e manifestar do plano de partilha apresentado.” (f. 378 – autos da ação de inventário):

Feita essa ressalva, passo à análise dos pedidos.

Entendo que assiste razão a agravante no que se refere ao pedido de reforma da decisão na parte em que foi determinada sua exclusão da herança deixada pelo *de cujus*, em face de ser casada com ele em regime de comunhão universal de bens, que no entender do juiz só lhe garantiria os 50% da meação.

Equivocou-se o juiz sentenciante, pois diferentemente do inciso I, do art. 1.829, do CC, que excluiu o cônjuge casado com comunhão universal de bens ou separação obrigatória da concorrência com descendente, o inciso II não faz essa imposição quando a concorrência é apenas com o ascendente. Confira:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

Outrossim, o art. 1.836, do CC é claro em estabelecer:

“Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.”

Com efeito, a agravante faz *jus* dos bens deixados na proporção de 50% referente a sua meação e mais 25% da herança, nos termos do art. 1.837 do CC.

Já quanto ao direito real de habitação, entendo que a decisão não merece reforma.

O art. 1.831, do CC, prescreve o direito real de habitação nos seguintes termos:

“Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”

Sobre o direito real de habitação, Cristiano Chaves de Faria, Felipe Braga Netto e Nelson Rosendal, comentam:

“O direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge (e ou companheiro) de continuar residindo no imóvel, de natureza residencial, que, durante a convivência, servia de lar para o casal, após a morte do outro componente da sociedade afetiva, independente de ter direito meatório ou sucessório sobre a coisa alheira. (...) A finalidade das regras que estabelecem o direito real de habitação em favor do cônjuge ou do companheiro sobrevivente é dúlice: garantir uma qualidade de vida ao viúvo (ou viúva), estabelecendo o mínimo conforto para sua moradia e, ao mesmo tempo, impedir que o óbito de um dos conviventes sirva para afastar o outro da residência estabelecida pelo casal. Bem por isso, o direito de habitação independe do direito de meação (submetido ao regime de bens) e do direito de herança. Por conta desse desiderato, o titular do direito de habitação não pode desviar a sua finalidade, sob pena de extinção automática do beneplácito legal. Assim, não pode, ilustrativamente, alugar ou emprestar o imóvel para terceiro.” (Manual de Direito Civil. Editora Juspodum, p. 2010)

Ainda, com relação ao direito real de habitação, o STJ orienta que:

“(...) o objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como

forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar.”(REsp 1582178/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018)

Com efeito, diante dessas ponderações, tenho que a concessão do direito real de habitação para a agravante desvirtuaria os objetivos sociais e humanitários desse instituto, pois a agravante nunca morou com seu marido nesse imóvel, bem como possui condições de manter o aluguel do imóvel que se encontra, pois o quinhão herdado pelo *de cujus* e sua meação não lhe deixará desamparada.

Com efeito, *data a maxima venia*, entendo inviável a concessão do direito real de habitação para a agravante.

Por fim, quanto ao pedido de indenização pelos custos de manutenção dos bens deixados, conforme bem registrado pelo eminente Relator, nesta via não há como atender a agravante, já que tal pretensão deve ser feita em processo autônomo de prestação de contas, conforme preceitua o art. 553, do CPC.

Ante ao exposto, divirjo parcialmente do voto proferido pelo ilustre Relator para dar provimento parcial ao recurso em menor extensão, reformando a decisão apenas no tocante a exclusão da agravante da sucessão, pois entendo que ela deve receber os 50% da meação e mais 25% referente a herança, ficando o espólio do outro herdeiro com os outros 25%. No mais, a decisão monocrática deve ser mantida.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento, em menor extensão, ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

5ª Câmara Cível**Apelação nº 0900015-34.2016.8.12.0046 - Chapadão do Sul****Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO MUNICIPAL – DUPLO RECEBIMENTO DE DIÁRIAS – PRÁTICA REITERADA – VALORES POUCO EXPRESSIVOS – RECONHECIMENTO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DOSIMETRIA – SANÇÕES IMPOSTAS – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

No decorrer da instrução probatória ficou sobejamente demonstrada a conduta dolosa do apelante por ocasião do exercício da chefia do executivo municipal quanto a prática de atos de improbidade e imoralidade administrativa que implicaram enriquecimento ilícito do agente (art. 9º, XI e XII, da lei nº 8.429/92) e lesão ao erário (art. 10, I, da lei nº 8.429/92) e ofensa aos princípios da administração pública (art. 11, *caput* e inciso I, da lei nº 8.429/92).

O requerido, no exercício do mandato de Prefeito, realizou inúmeras viagens desde 2013 e para o mister utilizou-se de reembolso em duplicidade das despesas, recebendo da ASSOMASUL - que possui serviço de auxílio aos municípios consistente no pagamentos de despesas com deslocamento do ocupantes dos cargos eletivos do executivo municipal, mediante posterior ressarcimento pelo município respectivo - e recebendo também diretamente do município de Chapadão do Sul, que através do Decreto nº 2.281/2013 autoriza o pagamento de diárias aos servidores públicos que se deslocarem para tratar de assuntos de interesse público.

Enriquecimento ilícito, para fins jurídicos, não significa tornar o sujeito rico, erigi-lo à posição social ocupada por menos de dez por cento da população brasileira. Enriquecimento ilícito, para o direito, é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico. De igual forma, a desonestidade, a conduta ímproba, a falta de lisura, não é prerrogativa do hipossuficiente. Por fim, se houve subtração ilegal dos cofres públicos, obviamente o erário sofreu prejuízos.

Refuta-se, por fim, a alegação de insignificância do valor dos prejuízos (e R\$ 25.103,85), a uma porque esse montante não pode ser considerado ínfimo, mesmo se adotado o parâmetro de valor mínimo para execuções fiscais de débitos da Fazenda Nacional (R\$ 20.000,00), nos termos art. 2º da Medida Provisória nº 75/12, com a alteração da Portaria MF nº 130/2012. Mais ainda, tem aplicação, na espécie, o entendimento consolidado na jurisprudência do STJ, com a edição do verbete nº 599: “*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública*”.

Na hipótese de o ato ímprobo encontrar tipificação simultânea nos arts. 9º, 10 e 11, da lei 8.429/92, possível a cumulação das sanções previstas no art. 12, subsumindo-se as mais brandas às mais graves. Em outras palavras, na hipótese de múltiplas tipificações do ato de improbidade deverão ser aplicadas as sanções mais graves previstas no art. 12, não somadas as penas previstas nos 4 incisos do art. 12, medida que importa clara violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

À luz destas balizas, devem ser impostas ao agente ímprobo as sanções previstas no art. 12, I, da Lei de Improbidade Administrativa, posto que mais severos (condenação a restituir os valores indevidamente recebidos do Poder Público a título de diárias, estimado na inicial em R\$ 25.861,16; ao pagamento de multa civil, que fixo em 20% do valor do acréscimo patrimonial; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos). Ainda à luz do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, não se justifica a aplicação das penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, conforme precedentes desta corte.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, após o relator rever seu voto, contra o parecer.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Luiz Felipe Barreto de Magalhães apela da sentença proferida na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, com trâmite na 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul.

A pretensão foi julgada procedente, nos termos seguintes:

1 - por infração ao artigo 9º, XI e XII, da Lei 8.429/92 (incorporação e utilização, em proveito próprio, de valores do patrimônio de ente público): suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 08 (oito) anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 10 (dez) anos; Além disso, tendo sido demonstrado o enriquecimento ilícito por parte do requerido, fica decretado o perdimento dos valores acrescidos ilicitamente a seu patrimônio R\$ 25.861,16 (vinte e cinco mil, oitocentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos), bem como condenado ao pagamento de multa civil, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do acréscimo patrimonial; Deixo de condená-lo ao ressarcimento integral do dano (artigo 12, I, da Lei 9.429/92), vez que o requerido incidiu também no artigo 10 da Lei de Improbidade, conforme se verifica a seguir;

2 - por infração ao artigo 10, I, da Lei 8.429/92 (facilitação para a incorporação de valores do patrimônio do ente público): suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 05 (cinco) anos; Além disso, tendo havido efetiva lesão ao erário, condeno o requerido ao ressarcimento integral do dano, reconhecido em R\$ R\$ 25.861,16 (vinte e cinco mil, oitocentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos),

bem como ao pagamento de multa civil, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do dano causado;

3 - por infração ao artigo 11, caput, e inciso I (ato atentatório contra os princípios da administração pública, além de prática de ato visando fim proibido em lei): suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 03 (três) anos, além de multa civil, equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida por ele à época dos fatos.

Anoto que tais sanções deverão ser somadas tanto para a suspensão dos direitos políticos, proibição de contratação com o Poder Público, ressarcimento e multa (precedente do STJ), inclusive àquelas eventualmente aplicadas em condenações da mesma natureza noutros feitos.

Face à sucumbência, condeno o requerido ao pagamento das custas processuais. Sem honorários.

Em suas razões (f. 851-861), assevera o apelante a ausência de prática de ilegalidade ou malversação do dinheiro público, pois a prefeitura só autorizou o pagamento de despesas referentes a viagens aéreas e não as referentes a alimentação e hospedagem; se algum erro administrativo foi cometido, não o foi por intenção de enriquecer às custas do erário, já que além de estar exercendo a chefia do executivo municipal, o apelante atua como médico no município, não havendo razões para apropriar-se indevidamente de R\$ 25.103,85 (vinte e cinco mil cento e três reais e oitenta e cinco centavos) ao longo de três anos.

Pondera que o ato de improbidade exige carga ético/moral negativa, não bastando a mera ocorrência de irregularidade ou ilegalidade, estas sujeitas à mecanismos de correção menos gravosos; na hipótese, não houve atuação deliberada caracterizada pela má-fé, desonestidade ou imoralidade na conduta do requerido, que apenas chancelou pagamento de despesas de viagens oficiais. Ademais, o apelante não causou nenhum prejuízo ao patrimônio público; logo, não houve lesão ao erário.

Tendo em vista que o caso noticiado na ação se refere a um único ato (pagamentos de verba pública em duplicidade), cuja conduta se amolda aos atos de improbidade administrativa dispostos nos artigos 9, 10 11, todos da Lei nº 8.429/92, é preciso readequar as sanções impostas idênticas (suspensão de direitos políticos, proibições de contratar e receber benefícios e o pagamento das multas), prevalecendo aquelas mais graves. Assim, todas as sanções relativas ao ato disposto no art. 11 e 10 da Lei nº 8.429/92, por serem menos graves e idênticas as do art. 9º, devem ser excluídas, sob pena de ocorrer o *ne bis in idem*.

Pede provimento do recurso, para que seja julgada improcedente a pretensão formulada na ação civil pública; em caráter subsidiário, sejam diminuídas as penas de improbidade impostas (art. 10 e 11, da Lei nº 8.429/92).

VOTO (EM 18/09/2018)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Luiz Felipe Barreto de Magalhães apela da sentença proferida na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que tramitou na 2ª Vara da comarca de Chapadão do Sul.

A pretensão foi julgada procedente, nos termos seguintes:

1- por infração ao artigo 9º, XI e XII, da Lei 8.429/92 (incorporação e utilização, em proveito próprio, de valores do patrimônio de ente público): suspensão dos direitos

políticos pelo prazo de 08 (oito) anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 10 (dez) anos; Além disso, tendo sido demonstrado o enriquecimento ilícito por parte do requerido, fica decretado o perdimento dos valores acrescidos ilicitamente a seu patrimônio R\$ 25.861,16 (vinte e cinco mil, oitocentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos), bem como condenado ao pagamento de multa civil, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do acréscimo patrimonial; Deixo de condená-lo ao ressarcimento integral do dano (artigo 12, I, da Lei 9.429/92), vez que o requerido incidiu também no artigo 10 da Lei de Improbidade, conforme se verifica a seguir;

2 - por infração ao artigo 10, I, da Lei 8.429/92 (facilitação para a incorporação de valores do patrimônio do ente público): suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 05 (cinco) anos; Além disso, tendo havido efetiva lesão ao erário, condeno o requerido ao ressarcimento integral do dano, reconhecido em R\$ R\$ 25.861,16 (vinte e cinco mil, oitocentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos), bem como ao pagamento de multa civil, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do dano causado;

3 - por infração ao artigo 11, caput, e inciso I (ato atentatório contra os princípios da administração pública, além de prática de ato visando fim proibido em lei): suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 03 (três) anos, além de multa civil, equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida por ele à época dos fatos.

Anoto que tais sanções deverão ser somadas tanto para a suspensão dos direitos políticos, proibição de contratação com o Poder Público, ressarcimento e multa (precedente do STJ), inclusive àquelas eventualmente aplicadas em condenações da mesma natureza noutros feitos.

Face à sucumbência, condeno o requerido ao pagamento das custas processuais. Sem honorários.

Em suas razões (f. 851-861), assevera o apelante a ausência de prática de ilegalidade ou malversação do dinheiro público, pois a prefeitura só autorizou o pagamento de despesas referentes a viagens aéreas e não as referentes a alimentação e hospedagem; se algum erro administrativo foi cometido, não o foi por intenção de enriquecer às custas do erário, já que além de estar exercendo a chefia do executivo municipal, o apelante atua como médico no município, não havendo razões para apropriar-se indevidamente de R\$ 25.103,85 (vinte e cinco mil cento e três reais e oitenta e cinco centavos) ao longo de três anos.

Pondera que o ato de improbidade exige carga ético/moral negativa, não bastando a mera ocorrência de irregularidade ou ilegalidade, estas sujeitas à mecanismos de correção menos gravosos; na hipótese, não houve atuação deliberada caracterizada pela má-fé, desonestidade ou imoralidade na conduta do requerido, que apenas chancelou pagamento de despesas de viagens oficiais. Ademais, o apelante não causou nenhum prejuízo ao patrimônio público; logo, não houve lesão ao erário.

Tendo em vista que o caso noticiado na ação se refere a um único ato (pagamentos de verba pública em duplicidade), cuja conduta se amolda aos atos de improbidade administrativa dispostos nos artigos 9, 10 11, todos da Lei nº 8.429/92, é preciso readequar as sanções impostas idênticas (suspensão de direitos políticos, proibições de contratar e receber benefícios e o pagamento das multas), prevalecendo aquelas

mais graves. Assim, todas as sanções relativas ao ato disposto no art. 11 e 10 da Lei nº 8.429/92, por serem menos graves e idênticas as do art. 9º, devem ser excluídas, sob pena de ocorrer o *ne bis in idem*.

Pede provimento do recurso, para que seja julgada improcedente a pretensão formulada na ação civil pública; em caráter subsidiário, que sejam diminuídas as penas de improbidade impostas, em seus artigos 10 e 11, da Lei nº 8.429/92.

Contrarrazões às f. 873-884.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 892-900).

Juízo de admissibilidade

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e o preparo se encontra às f. 864-866).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Mérito

Dos atos de improbidade

O Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública contra o apelado Luiz Felipe de Magalhães, prefeito de Chapadão do Sul, pretendendo sua condenação pela prática de atos de improbidade administrativa consistentes nas ilegalidades em pagamentos de despesas pelo município relacionadas a viagens realizadas pelo réu na condição de chefe do executivo municipal, pretensão que foi julgada procedente em primeira instância.

O apelante não devolve à discussão sobre os fatos apurados no Procedimento Administrativo nº 01/2015, instaurado pela Promotoria de Justiça do Patrimônio Público, limitando-se a alegar que a conduta praticada não se subsume às hipóteses normativas dos arts. 9º, XI e XII, 10, I e 11, *caput* e I, da Lei nº 8.429/92, pois não atuou com dolo, além de não estar presente a lesão ao bem jurídico protegido (prejuízo ao erário). Alternativamente, pede a revisão das penas impostas, para que respeitado o princípio do *non bis in idem*.

Com efeito, o apelante, na condição de prefeito, realizou inúmeras viagens desde que assumiu o mandato eletivo em 2013 e para o mister utilizou-se de reembolso em duplicidade das despesas, recebendo da ASSOMASUL - que possui serviço de auxílio aos municípios consistente no pagamentos de despesas com deslocamento dos ocupantes dos cargos eletivos do executivo municipal, mediante posterior ressarcimento pelo município respectivo - e recebendo também diretamente do Município de Chapadão do Sul, que através do Decreto nº 2.281/2013 autoriza o pagamento de diárias aos servidores públicos que se deslocarem para tratar de assuntos de interesse público.

O *Parquet* constatou que no período de 2013 a 2015, foram efetuados pelo município 42 pagamentos em duplicidade, relacionados à hospedagem do então chefe do executivo, totalizando o valor aproximado de R\$ 25.103,85 (vinte e cinco mil, cento e três reais e oitenta e cinco centavos).

Conforme acrescentou o julgador singular,

“(...) Em que pese o fato de não ter sido acostada a relação de diárias pagas ao requerido até o mês de propositura da ação (maio de 2016), bem como dos meses subsequentes, é possível verificar que a prática de pagamentos de hospedagem em duplicidade se deu também no ano de 2016, conforme recibos de f. 463 e 465, em confronto à relação de diárias pagas em janeiro e fevereiro daquele ano (f. 508-511)”. Logo, “Conforme as provas carreadas aos autos, o pagamento em duplicidade se deu em 50 (cinquenta) oportunidades.” (f. 840).

Além disso, conforme ponderou o magistrado, o apelante:

“(...) conforme previsto no artigo 6º do Decreto nº 2281/2013, é quem autorizava o pagamento das diárias. Além disso, o então prefeito municipal era quem firmava seus relatórios de viagem, visando o recebimento antecipado dos valores das diárias, bem como se utilizava do serviço prestado pela ASSOMASUL, o qual, segundo a testemunha ouvida à f. 784, era franqueado aos chefes do Poder Executivo, que entravam em contato seja diretamente, seja por meio de sua assessoria, com o setor competente para cotação de passagens aéreas e diárias de hotéis. Ou seja, é certo que o requerido tinha conhecimento tanto da finalidade dos valores recebidos na forma de diárias, quanto da abrangência dos serviços prestados pela ASSOMASUL, os quais eram reembolsados a esta pelo Município de Chapadão do Sul-MS, caracterizando, pois, a duplicidade de pagamentos de despesas com a hospedagem do requerido.” (f. 841).

Deste modo, não é crível concluir que o recebimento de diária em duplicidade durante quatro anos, por aproximadamente cinquenta vezes, deu-se por descuido, erro ou ignorância do agente público apelante, sendo flagrante o dolo na conduta apurada na fase administrativa e confirmada na via jurisdicional, assim como o enriquecimento ilícito e o dano ao erário, cujo cofre foi diminuído em razão da conduta ímproba.

Não prospera a tese do apelante de que por exercer a profissão de médico do município a quantia em destaque é incapaz de enriquecê-lo. Enriquecimento ilícito, para fim jurídico, não significa tornar o sujeito rico, erigi-lo à posição social ocupada por menos de dez por cento da população brasileira. Enriquecimento ilícito, para o direito, é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico. De igual forma, a desonestidade, a conduta ímproba, a falta de lisura, não é prerrogativa do hipossuficiente

Por fim, se houve subtração ilegal dos cofres públicos, obviamente o erário sofreu prejuízo.

Ainda que assim não fosse, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça perfilha que:

(...) “a aplicação das sanções, nos termos do artigo 21, da Lei de Improbidade, independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, uma vez que há medidas repressivas que não guardam, necessariamente, conteúdo econômico; v.g., como a suspensão de direitos políticos, a declaração de inabilitação para contratar com a Administração, etc, o que autoriza a aplicação da norma sancionadora prevista nas hipóteses de lesão à moralidade administrativa (...)” (STJ; Processo: EREsp 772241-MG, Relator: Ministro Castro Meira; Órgão Julgador: Primeira Seção; Julgamento: 25/05/2011; Publicação: DJe 06/09/2011).

Além disso:

“Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, (a) “o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os

princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico” (STJ, REsp 951.389/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 04/05/2011); e (b) “os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente” (STJ, AgInt no AREsp 271.755/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 22/03/2017).

No decorrer da instrução probatória ficou sobejamente demonstrada a conduta dolosa do apelante por ocasião do exercício da chefia do executivo municipal quanto a prática de atos de improbidade e imoralidade administrativa que implicaram enriquecimento ilícito do agente (art. 9º, XI e XII, da Lei nº 8.429/92) e lesão ao erário (art. 10, I, da Lei nº 8.429/92) e ofensa aos princípios da administração pública (art. 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92).

Das sanções impostas

O juiz sopesou as sanções conforme os atos de improbidade administrativa praticados, condenando o apelante nos seguintes termos:

1 - por infração ao artigo 9º, XI e XII, da Lei 8.429/92 (incorporação e utilização, em proveito próprio, de valores do patrimônio de ente público): suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 08 (oito) anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 10 (dez) anos; Além disso, tendo sido demonstrado o enriquecimento ilícito por parte do requerido, fica decretado o perdimento dos valores acrescidos ilicitamente a seu patrimônio R\$ 25.861,16 (vinte e cinco mil, oitocentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos), bem como condenado ao pagamento de multa civil, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do acréscimo patrimonial; Deixo de condená-lo ao ressarcimento integral do dano (artigo 12, I, da Lei 9.429/92), vez que o requerido incidiu também no artigo 10 da Lei de Improbidade, conforme se verifica a seguir;

2 - por infração ao artigo 10, I, da Lei 8.429/92 (facilitação para a incorporação de valores do patrimônio do ente público): suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 05 (cinco) anos; Além disso, tendo havido efetiva lesão ao erário, condeno o requerido ao ressarcimento integral do dano, reconhecido em R\$ R\$ 25.861,16 (vinte e cinco mil, oitocentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos), bem como ao pagamento de multa civil, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do dano causado;

3 - por infração ao artigo 11, caput, e inciso I (ato atentatório contra os princípios da administração pública, além de prática de ato visando fim proibido em lei): suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 03 (três) anos, além de multa civil, equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida por ele à época dos fatos.

Anoto que tais sanções deverão ser somadas tanto para a suspensão dos direitos políticos, proibição de contratação com o Poder Público, ressarcimento e multa (precedente do STJ), inclusive àquelas eventualmente aplicadas em condenações da mesma natureza noutros feitos. (f. 842-843)

A norma do artigo 12 da Lei 8.429/92 autoriza aplicar de forma isolada ou cumulativa as sanções nele previstas, avaliadas pelo magistrado de acordo com a gravidade do fato. Confira-se:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

A respeito do tema, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves asseveram que,

(...) “tratando-se de ato único, entendemos que um único feixe de sanções deve ser aplicado ao agente, ainda que sua conduta, a um só tempo, se subsuma ao disposto nos art. 9º, 10 e 11. Único o ato, único haverá de ser o feixe de sanções (ne bis in eadem). No que concerne à dosimetria, haverão de compor o feixe de sanções os valores relativos de maior severidade, o que possibilitará o estabelecimento de uma relação de adequação com a natureza dos ilícitos, sendo que a pluralidade destes será valorada por ocasião da individualização e fixação de cada uma das sanções que compõem o feixe.”¹

Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL – FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CUMULATIVIDADE DE SANÇÕES – MESMO TIPO LEGAL – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL – PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – ELEMENTO SUBJETIVO CARACTERIZADO – IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO – SÚMULA 7/STJ.

¹ *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 700.

1. *No caso vertente, não foram aplicadas sanções relacionadas a grupos diversos de ato de improbidade administrativa. Em verdade, as penalidades impostas pelo juízo sentenciante fazem referência, tão somente, àquelas previstas no art. 11 da Lei nº 8.429/1992 (f. 1.447/1.448), de modo que não há que se falar em indevida cumulação de penas.*

2. *Não há qualquer óbice a que um único ato de improbidade administrativa seja enquadrado em múltiplas capitulações legais. No entanto, não se faz possível pretender que os responsáveis, na mesma ação, sejam condenados a penalidades em regime de cumulação decorrente de tipos legais diversos. Nessas hipóteses, deve ser aplicado o princípio da consunção, prevalecendo a norma de nível punitivo mais elevado.*

3. *Dentro do mesmo tipo legal, a jurisprudência desta Corte de Justiça está sedimentada no sentido de que a aplicação cumulativa das penalidades é considerada facultativa, observando-se a medida da culpabilidade, a gravidade do ato, a extensão do dano causado e a reprimenda do ato ímprobo, circunstâncias devidamente respeitadas na hipótese dos autos. 4. (...).* (STJ, AgInt no REsp 1563621/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 03/08/2018)

Importante ter em mente a influência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria das penas pela prática dos atos de improbidade administrativa, à luz do art. 12 da lei,

“(...) cabendo ao julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar, sob a luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, de acordo com a conduta do agente e o gravame impingido ao erário, dentre outras circunstâncias.” (STJ; Processo: REsp 1135767-SP; Relator: Ministro Castro Meira; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento: 25/05/2010; Publicação: DJe, 09/06/2010).

Nesse rumo, como o caso se refere a um único ato (reembolso em duplicidade pelos gastos das viagens oficiais), cuja conduta se amolda aos atos de improbidade administrativa dispostos no art. 9º, XI e XII, art. 10, I e art. 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, é preciso a readequação das sanções impostas idênticas (suspensão direitos políticos e proibições de contratar e de receber benefícios), prevalecendo unicamente aquelas mais graves; todavia, excepciona-se a multa civil, pois apesar de haver previsão de multa tanto para os atos de improbidade (art. 9º e 10º), quanto ao que ofende princípios (art. 11), cada multa é distinta em si, notadamente em razão dos diversos parâmetros de fixação, levando-se em consideração a natureza do ato praticado pelo agente.

Deste modo, à luz do princípio da proporcionalidade, razoabilidade e consunção, deve ser imposta a capitulação mais gravosa (art. 9º), com condenação do réu apelante à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 08 (oito) anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 10 (dez) anos, mantida a condenação ao perdimento dos valores, ressarcimento integral do dano e multa civil nos termos capitulados na sentença.

Justifico a aplicação da pena de suspensão de direitos no patamar máximo em razão da reiteração da conduta praticada, que sucedeu em praticamente todo o período do exercício do mandato eletivo, cuja prática repetiu-se por aproximadamente cinquenta vezes.

Posto isso, conheço do recurso e, em parte com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou-lhe parcial provimento, para adequar as sanções impostas ao apelante da seguinte forma: a) por infração ao artigo 9º, XI e XII, da Lei 8.429/92 (incorporação e utilização, em proveito próprio, de valores do patrimônio de ente público): suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 08 (oito) anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente,

ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 10 (dez) anos e, em razão da demonstração do enriquecimento ilícito por parte do réu, o perdimento dos valores acrescidos ilicitamente a seu patrimônio de R\$ 25.861,16 (vinte e cinco mil, oitocentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos), bem como condenado ao pagamento de multa civil, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do acréscimo patrimonial; b) por infração ao artigo 10, I, da Lei 8.429/92 (facilitação para a incorporação de valores do patrimônio do ente público): ressarcimento integral do dano, reconhecido em R\$ 25.861,16 (vinte e cinco mil, oitocentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos), bem como ao pagamento de multa civil, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do dano causado; c) por infração ao artigo 11, *caput*, e inciso I (ato atentatório contra os princípios da administração pública, além de prática de ato visando fim proibido em lei): multa civil, equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida pelo apelante à época dos fatos.

Diante do provimento parcial do recurso, não se aplica a majoração dos honorários advocatícios na forma do art. 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 02/10/2018 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Sideni), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 02/10/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de exame detalhado dos elementos de convicção constantes dos autos.

Trata-se de ação civil publica por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra Luiz Felipe Barreto de Magalhães em que o juízo da causa reconheceu a prática de atos de improbidade, consistente na apropriação indevida de R\$ 25.103,85, ao longo do exercício da chefia do Poder Executivo Municipal em Chapadão do Sul. Em razão disso, impôs ao requerido sanções distintas e acumuladas, correspondente a infração aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Em outras palavras, o requerido foi condenado:

I - a 3 penas de suspensão de direitos políticos, por 8 anos, por 5 anos e por 3 anos;

II - 3 penas de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de 10 (dez) anos, outra pelo prazo de 5 anos e mais uma por 3 anos.

III - a pena de perdimento dos valores acrescidos ao seu patrimônio (R\$ 25.103,85), além de ressarcimento ao erário nesse mesmo montante.

IV - a 3 penas de multa civil, sendo 2 equivalentes a 50% daquele valor, e outra equivalente a 5 vezes a remuneração percebida à época dos fatos.

Inconformado, o requerido interpôs o presente recurso de apelação defendendo a improcedência do pleito inicial, ante a inexistência de ato ímprobo, e, sucessivamente, a readequação das sanções impostas. O eminente Relator, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, proveu em parte o recurso para reformar a sentença apenas quanto às sanções aplicadas, reduzindo-as em pequena extensão.

Após atenta análise dos elementos constantes dos autos, cheguei às mesmas conclusões exaradas pelo eminente relator quanto à caracterização da improbidade administrativa.

Com efeito, restou suficientemente demonstrado nos autos, além de incontroverso, o recebimento de diárias em duplicidade no período de 2013 a 2015, totalizando R\$ 25.103,85. Rejeita-se a alegação de mero erro administrativo, tendo em vista a prática reiterada do recebimento de diárias em dobro, com os devidos relatórios, sendo o próprio apelante, no exercício de Chefe do Poder Executivo, o ordenador de despesas.

Refuta-se, por fim, a alegação de insignificância do valor, a uma porque esse montante não pode ser considerado ínfimo, mesmo se adotado o parâmetro de valor mínimo para execuções fiscais de débitos da Fazenda Nacional (R\$ 20.000,00), nos termos art. 2º da Medida Provisória nº 75/12, com a alteração da Portaria MF nº 130/2012. Mais ainda, tem aplicação, na espécie, o entendimento consolidado na jurisprudência do STJ, com a edição do Verbete nº 599: *“O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”*.

Evidenciada a prática de ato de improbidade administrativa, no que concerne às sanções aplicáveis à espécie o recurso merece prosperar. Daí porque, nesse ponto, divirjo do voto proferido pelo ilustre relator, com as razões que passo a expor.

Uma vez caracterizado o ato de improbidade administrativa, as sanções a serem arbitradas estão previstas no art. 12 da lei 8.429/92:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ‘perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm - art4

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

Importa destacar, inicialmente, que a possibilidade de cumulação de sanções (ressarcimento do dano, perda dos bens ou valores, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) não autoriza múltipla incidência da mesma sanção, como levado a efeito pelo Juízo da causa e ratificado pelo ilustre relator.

Na hipótese de o ato ímprobo encontrar tipificação simultânea nos arts. 9º, 10 e 11, da lei 8.429/92, entendo possível a cumulação das sanções previstas no art. 12, subsumindo-se as mais brandas às mais graves. Em outras palavras, na hipótese de múltiplas tipificações do ato de improbidade deverão ser aplicadas as sanções mais graves previstas no art. 12.

Esse o entendimento adotado por José dos Santos Carvalho Filho:

“(…) Pode ocorrer que uma só conduta ofenda simultaneamente os arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade: é a hipótese de ofensas simultâneas a tais mandamentos. Se uma só for a conduta que ofenda ao mesmo tempo mais de um dispositivo, o aplicador deverá valer-se do princípio da subsunção, em que a conduta e a sanção mais graves absorvem as de menor gravidade. Se forem várias as condutas, cada uma delas, por exemplo, violando um daqueles preceitos, as sanções poderão cumular-se desde que haja compatibilidade para tanto. É o caso do ressarcimento do dano e da multa civil. Em certos casos, porém, inviável será a cumulação: ninguém poderá ser condenado a várias sanções de suspensão de direitos políticos, mediante a soma de diversos períodos desse tipo de sanção; aqui deve o julgador valer-se do método de absorção das menores pela sanção mais grave, visto que, a não ser assim, se estaria praticamente cassando, e não simplesmente suspendendo, o exercício daquele direito, o que não teria suporte constitucional.” (Manual de Direito Administrativo. 28. ed. Atlas, 2015, São Paulo, p. 1.132)

Esta Corte, sobre o tema em sentença proferida pelo mesmo juízo envolvendo o mesmo recorrente, já decidiu:

“EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DESENTRANHAMENTO DE DOCUMENTOS JUNTADOS EM FASE RECURSAL INDEFERIDA – ALEGAÇÃO DE ERROR IN JUDICANDO AFASTADA – REALIZAÇÃO DE MODALIDADE EQUIVOCADA DE LICITAÇÃO, PROCESSO LICITATÓRIO COM O DIRECIONAMENTO DO RESULTADO E FALTA DE PUBLICIDADE DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO (CARTA CONVITE) – CONFIGURAÇÃO DE ATOS ENSEJADORES DE DANO AO ERÁRIO (ART. 10, VIII, DA LEI Nº 8.429/92) E ATENTATÓRIOS AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11, I, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) – SANÇÕES APLICADAS – ATO ÚNICO – CUMULATIVIDADE DAS SANÇÕES IDÊNTICAS AFASTADA – BIS IN IDEM – MULTA CIVIL MANTIDA – ADEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PUNIÇÃO. 01. É possível a juntada de documentos, mesmo em fase recursal, desde que não se trate de documento indispensável à propositura da ação, não haja má-fé na ocultação do documento e seja ouvida a parte contrária. Desentranhamento de documentos juntados em fase recursal indeferida. 02. Não há error in judicando em reconhecimento de atos de improbidade administrativa pelo fato de o réu, chefe do Poder Executivo Municipal, ter cancelado a licitação, irregular e direcionada a determinada empresa, após a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público. 03. Configura ato de improbidade administrativa causador de dano ao erário (art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92) e atentador contra os princípios da Administração Pública (art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa) a frustração da licitude do processo licitatório com o direcionamento específico do resultado

em favor de uma das rés – todas da mesma franquia, sediadas em estados diversos da federação –, a realização de licitação em modalidade inadequada ao valor do serviço e a falta de publicidade da licitação irregularmente realizada. 04. As cominações previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/91 podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Manutenção da cumulação das sanções ante a gravidade do ato. 05. Tratando-se de conduta única subsumida a mais de um ato de improbidade administrativa, não é possível a imposição cumulativa das sanções idênticas, por configurar bis in idem, com exceção da multa civil, cuja natureza é distinta para cada ato de improbidade administrativa. 06. Os critérios compositores da razoabilidade da punição se revelam com a finalidade da lei de improbidade administrativa, ao relacionar a dosimetria com a exemplaridade e a correlação da sanção, de forma a também não configurar um enriquecimento ilícito da Administração Pública. Recursos conhecidos e providos em parte.” (Apelação nº 0800906-18.2014.8.12.0046, Chapadão do Sul, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 17/05/2017, p: 23/05/2017)

Essa orientação alinha-se com maciça orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que exige proporcionalidade e razoabilidade na dosimetria das sanções decorrentes da improbidade administrativa.

Nesse sentido, apenas a título de exemplo, colha-se:

“ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PENALIDADES – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ISOLADA DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, “caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações” (REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/4/2011). 2. A revisão das penalidades aplicadas em ações de improbidade administrativa implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na já mencionada Súmula 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurge a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas. 3. No caso vertente, as sanções aplicadas guardam estrita relação com o grau de reprovabilidade dos atos de improbidade praticados pelo agravante, não havendo que se falar em ofensa ao art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. 4. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no AREsp 132.846/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 21/03/2018)

E a aplicação de sanções idênticas viola, clara e objetivamente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que a prática de um único ato, como na espécie dos autos, implicaria em sanções de mais de 15 anos de suspensão de direitos políticos, o que equivale a cassação, o que não é permitido; 18 anos de proibição de contratar com o poder público etc.

Assim é que, em conformidade com o parágrafo único do art. 12, da lei de improbidade administrativa, transcrito, a fixação das sanções devem ser individualizadas e proporcionais à gravidade do ato, extensão do dano e o proveito econômico auferido pelo agente.

Nesse sentido, a lição de Arnaldo Rizzardo:

“A Lei nº 8.429 regula a espécie e a gradação das sanções, devendo sempre dominar o princípio da proporcionalidade. Estabelece-se o máximo ou o mínimo em função da gravidade do ato, das repercussões negativas ou prejudiciais aos entes públicos, do maior

ou menor benefício ilícito, e inclusive da intensidade do dolo.” (Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa, p. 555)

O juízo da causa aplicou ao requerido as penas máximas e de forma repetida, de maneira automática e puramente arbitrária, sem nenhuma fundamentação que justificasse a cumulação ou mesmo as penas em patamar máximo.

Chama a atenção a referência à cumulação destas sanções, já fixadas em patamares máximos, a outras da mesma natureza aplicada em outros feitos, o que conduz, inequivocamente, como já adiantado, à cassação dos direitos políticos do recorrente, o que encontra óbice no art. 15, *caput*, da Constituição Federal, que eleva os direitos políticos a direito e garantia fundamental.

Mais ainda, embora tenha requerido o Ministério Público, de maneira genérica, a aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III, do art. 12, da Lei 8.429/92, atribuiu à causa o valor de R\$ 40.000,00. O Juízo da causa extrapolou esses pedidos ao impor condenação pecuniária equivalente: ao perdimento de valores (R\$ 25.861,16), multa civil (50% desse valor), por tipificação no art. 9º; ressarcimento integral do dano (R\$ 25.861,16), nova multa civil (50% desse valor), por infração prevista no art. 10; além de terceira multa civil, correspondente a 5 vezes o salário de Prefeito do Município de Chapadão (R\$ 160.000,00, considerado o salário vigente em 2017), pela infração prevista no art. 11, todos da lei de improbidade. Esses valores, somados (algo em torno de R\$ 237.000,00), excedem, e muito, os limites objetivos da lide, inquinando de nulidade a sentença, por julgamento *ultra petita* (art. 141 e 492, do NCPC).

A dosimetria adotada pelo juízo da causa é, portanto, desproporcional, desarrazoada, carente de fundamentação, *ultra petita* e manifestamente incompatível com direito e garantia fundamental aos direitos políticos do cidadão. Por tais razões merece reforma, ao menos quanto ao ponto.

Assentada essa premissa, passo a nova dosimetria, considerando aqueles parâmetros já veiculados.

Nota-se que, na hipótese veiculada nos autos, o requerido agiu com inegável desprezo aos princípios que regem a Administração Pública ao receber em dobro diárias de viagem, no valor de R\$ 25.861,16, ao longo do período de 2013 e 2015, quando ocupou o cargo de Prefeito do Município de Chapadão do Sul.

No entanto, também é de ser ponderado que o prejuízo econômico ao erário é pequeno, sem maiores repercussões econômicas. Assim é que em razão do proveito econômico envolvido, entendo que a pena aplicada ao apelante deve ser abrandada.

Assim, deve ser imposta ao agente ímprobo as sanções previstas no art. 12, I, da Lei de Improbidade Administrativa, posto que mais severas. Nessa ordem de ideias, condeno o apelante a restituir os valores indevidamente recebidos do Poder Público a título de diárias, estimado na inicial em R\$ 25.861,16. Além disso, condeno-o ao pagamento de multa civil, que fixo em 20% do valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Com efeito, à luz do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, entendo que não se justifica a aplicação das penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Essa orientação foi adotada pela 5ª Câmara Cível, em julgamento que tive a oportunidade de participar:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 10, CAPUT, INCS. I e II; ART.

II, CAPUT e INC. I, ART. 9º, CAPUT E INC. XII DA LEI 8.429/92 – RECEBIMENTO DE DIÁRIAS – SERVIDORA PÚBLICA BENEFICIADA – VALORES DAS DIÁRIAS EMPREGADOS NO DESLOCAMENTO PARA PARTICIPAÇÃO EM CONGRESSO DE DIREITO PÚBLICO – DESPESA ORDENADA PELO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO 01/97 – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA SERVIDORA NÃO CARACTERIZADO – MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA DA SERVIDORA QUE RECEBEU AS DIÁRIAS – ELEMENTO SUBJETIVO ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUTORIZAÇÃO DA DESPESA PELO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL – DESLOCAMENTO DE SERVIDORA PARA PARTICIPAR DE CONGRESSO JURÍDICO, SEM, CONTUDO, TER FORMAÇÃO ADEQUADA PARA PARTICIPAÇÃO – DESVIO DE FINALIDADE E DESLOCAMENTO DESNECESSÁRIO – DEVER DE ZELAR PELO ERÁRIO – ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO – RESSARCIMENTO E MULTA – RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME PARCIALMENTE PROVIDOS. De ver-se que o caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Entretanto, o ato administrativo ilegal só configura ilícito de improbidade administrativa quando revela indícios de má-fé ou dolo do agente, sendo elemento subjetivo essencial. (TJMS, Apelação nº 0002114-65.2011.8.12.0017). Quem autorizou o pagamento das diárias com desvio de finalidade pratica ato de improbidade, devendo ser condenado a pena de ressarcimento do dano causado ao erário e multa civil equivalente ao valor do dano, nos termos do inciso II do artigo 12 da Lei 8429/92, com a desnecessidade de aplicação das demais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.” (Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/08/2014; Data de registro: 12/09/2014)

No referido julgamento, assentou o eminente Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, cujas razões adoto como minhas e reafirmo:

“(...) Entretanto, não vejo como acolher o pedido de condenação deste réu em todas as outras penas previstas nos incisos I e III do artigo 12 da Lei 8.429/92, dentre elas a perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público. O alicerce nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade justifica a rejeição do pedido de imposição de sanção mais severa do que a devolução ao erário do valor recebido indevidamente, com juros, multa e correção monetária. Com efeito, a penalidade deve ser condizente com o ilícito praticado, sem que isso implique prestígio à impunidade, daí a exigência do artigo 12, caput, da Lei nº 8.429/92 de adequar a sanção à “gravidade do fato”. As penas de perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público são drásticas demais frente às circunstâncias do caso destes autos. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS FL. 238 0002111-13.2011.8.12.0017 Então, sobreleva somente a imposição de ressarcimento ao erário e a multa civil em dobro do dano, acrescido com juros e correção monetária, o que se mostra adequado. Em caso semelhante este Tribunal de Justiça produziu acórdão cuja ementa, na parte em que interessa, contém os seguintes dizeres: “(...) O alicerce nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade justifica a rejeição da insurgência do requerente quanto à imposição de sanção mais severa do que a devolução ao erário do valor recebido indevidamente. A penalidade deve ser condizente com o ilícito praticado, sem que isso implique prestígio à impunidade, daí a exigência do artigo 12, caput, da Lei nº 8.429/92 de adequar a sanção à “gravidade do fato”. (TJMS- 1ª Câmara Cível - Apelação Nº 0002102-51.2011.8.12.0017 - Nova Andradina - Relator – Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maranhão, julgado em 8.10.2013).”

À luz destas considerações, peço *venia* ao eminente relator para dele dissentir prover, em parte o recurso de apelação, em maior extensão, para reformar a sentença e condenar o agente ímprobo (I) à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de diárias de viagem; (II) e ao pagamento de multa civil equivalente a 20% do valor recebido indevidamente e (III) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. A verba sucumbencial permanece inalterada.

Posto isso, divergindo em parte do ilustre relator e contrariando o parecer ministerial, dou parcial provimento ao recurso para o fim de reformar a sentença e estabelecer nova dosimetria das sanções por improbidade administrativa e condenar o agente ímprobo (I) à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de diárias de viagem; (II) e ao pagamento de multa civil equivalente a 20% do valor recebido indevidamente e (III) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. Os valores objeto da condenação serão corrigidos pelo IGPM, desde a data do ajuizamento da ação, e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês desde a data da citação.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Após ouvir o voto do 2º vogal, hei por bem acompanhá-lo.

De fato, ao caso há de se aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a reduzir a sanção imposta pelo juízo singular.

Desta forma, em re-ratificando o voto que havia proferido, dou parcial provimento ao recurso para reformar em parte a sentença e estabelecer a seguinte sanção: condenar o agente ímprobo (I) à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de diárias de viagem; (II) e ao pagamento de multa civil equivalente a 20% do valor recebido indevidamente e (III) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. Os valores objeto da condenação serão corrigidos pelo IGPM, desde a data do ajuizamento da ação, e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês desde a data da citação.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, após o relator rever seu voto, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0818238-94.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – LITISPENDÊNCIA COM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – AFASTADA – CONSEQUENTE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CONEXÃO – IMPOSSIBILIDADE DE APENSAMENTO – JUÍZOS DE COMPETÊNCIA DIVERSA – NECESSÁRIA A SUSPENSÃO NA FASE DE SENTENÇA PARA EVITAR DECISÕES CONFLITANTES – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Compulsando detidamente o caderno processual desta ação de repetição de indébito, bem como dos embargos à execução fiscal, extrai-se que em ambos o ora apelante defende que houve equívoco na base de cálculo do tributo, o que implicou inclusive em pagamento a maior.

Não obstante se tratar da mesma causa de pedir, não há identidade de pretensões. Nos embargos à execução fiscal o embargante tem por objetivo a extinção da execução fiscal em razão do reconhecimento de que pagou valores além do devido, enquanto nesta ação ordinária busca a restituição do indébito.

Por não haver identidade de pedidos não está configurada a litispendência declarada na sentença, consequentemente deve ser afastada a extinção e a condenação do autor por litigância de má-fé.

O caso seria de reunião dos processos conexos para evitar decisões conflitantes, porém a Vara de Execução Fiscal não possui competência para processar e julgar a presente ação ordinária. Deste modo, adequada a suspensão deste feito na fase da sentença, nos termos do art. 313, V, b, do NCPC, para que se aguarde a solução dos embargos à execução se ainda não houver e, então, se proceda ao julgamento desta ação respeitando as premissas adotadas naquela e evitando assim o indesejável conflito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Maurício de Barros Bumlai interpõe recurso de apelação contra a sentença que indeferiu a petição inicial por litispendência nos autos da ação de repetição de indébito que promove em face do Estado de Mato Grosso do Sul. Defende a inexistência de litispendência com os embargos à execução fiscal, mas mera conexão, uma vez que o resultado de uma demanda interferirá na decisão final da outra, sem identidade de pedidos contudo. Afirma que nos embargos à execução fiscal pleiteou a declaração da correta base de cálculo para ITCD a fim de demonstrar que já pagou mais do que o devido, enquanto nesta demanda pretende a devolução dos valores pagos a maior, de modo que as consequências jurídicas das ações são absolutamente distintas. Aduz a necessidade de reunião das ações e não extinção. Por fim, afirma que a sentença lhe condenou ao pagamento de multa por litigância de má-fé, o que não deve prosperar, pois agiu com lealdade e boa-fé. Pugna pelo provimento.

O apelado apresentou contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Maurício de Barros Bumlai interpõe recurso de apelação contra a sentença que indeferiu a petição inicial por litispendência nos autos da ação de repetição de indébito que promove em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Defende a inexistência de litispendência com os embargos à execução fiscal, mas mera conexão, uma vez que o resultado de uma demanda interferirá na decisão final da outra, sem identidade de pedidos contudo. Afirma que nos embargos à execução fiscal pleiteou a declaração da correta base de cálculo para ITCD a fim de demonstrar que já pagou mais do que o devido, enquanto nesta demanda pretende a devolução dos valores pagos a maior, de modo que as consequências jurídicas das ações são absolutamente distintas. Aduz a necessidade de reunião das ações e não extinção. Por fim, afirma que a sentença lhe condenou ao pagamento de multa por litigância de má-fé, o que não deve prosperar, pois agiu com lealdade e boa-fé. Pugna pelo provimento.

O apelado apresentou contrarrazões pela manutenção da sentença.

Inicialmente convém destacar que a litispendência entre duas ações pressupõe identidade de partes, causa de pedir e pedido (elementos da ação), nos termos do art. 337, §§ 1º a 3º, do NCPC, que peço vênha para transcrever:

“§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5925.htm - art301

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5925.htm - art301

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso.”

Assentada essa premissa, compulsando detidamente o caderno processual desta ação de repetição de indébito e, ainda, ao ser realizada consulta aos Embargos à Execução Fiscal nº 0816741-45.2018.8.12.0001, via Sistema de Automação Judicial – SAJ, foi possível observar que em ambos o ora apelante defende que houve equívoco na base de cálculo do tributo, o que implicou inclusive em pagamento a maior.

Não obstante se tratar da mesma causa de pedir, não há identidade de pretensões. Nos embargos à execução fiscal o embargante tem por objetivo a extinção da execução fiscal em razão do reconhecimento de que pagou valores além do devido, enquanto nesta ação ordinária busca a restituição do indébito.

Logo, por não haver identidade de pedidos não está configurada a litispendência declarada na sentença, consequentemente deve ser afastada a extinção e a condenação do autor por litigância de má-fé.

Observo que também não vislumbro a ausência de interesse de agir, ponderada na sentença, pois o reconhecimento do equívoco na base de cálculo pode ocorrer tanto nesta demanda quanto nos embargos à execução, não sendo necessário que o autor aguarde o resultado daquela demanda para ajuizar a presente.

Anoto que o caso seria de reunião dos processos conexos para evitar decisões conflitantes, porém a Vara de Execução Fiscal não possui competência para processar e julgar a presente ação ordinária. Deste modo, entendo adequada a suspensão deste feito na fase da sentença, nos termos do art. 313, V, b, do NCPC, para que se aguarde a solução dos embargos à execução e, então, se proceda ao julgamento desta ação respeitando as premissas adotadas naquela e evitando assim o indesejável conflito.

Posto isso, conheço e dou provimento ao presente recurso de apelação para cassar a sentença de extinção, com o consequente afastamento da condenação por litigância de má-fé, e determinar o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento até a fase de sentença, quando então deverá aguardar a solução dos Embargos à Execução nº 0816741-45.2018.8.12.0001, se ainda não houver, nos termos do art. 313, V, b, do NCPC, a fim de evitar decisões conflitantes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0839072-94.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA—APELAÇÃO CÍVEL—AÇÃO DE COBRANÇA—DESPESAS CONDOMINIAIS – IMÓVEL ARREMATADO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – CONHECIMENTO DO CONDOMÍNIO – EXPRESSA PREVISÃO ACERCA DOS DÉBITOS – OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* – CITAÇÃO EDITALÍCIA – REQUERIDO QUE NÃO SE ENCONTRAVA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO – MULTA DO ARTIGO 258 DO CPC DEVIDA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CONFIGURADA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Constituindo-se as despesas condominiais como obrigação *propter rem*, bem como constando expressamente do processo trabalhista e do auto de arrematação que o imóvel possuía dívidas, não há falar em condenação do antigo proprietário ao pagamento do débito.

Estando presentes elementos claros e expressos que descaracterizam a argumentação no sentido de que o apelado estava realmente em local incerto e não sabido, resta configurado o dolo necessário para aplicação da multa prevista pelo artigo 233 do Código de Processo Civil.

Considera-se litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos discutidos no processo, nos termos do art. 80, inciso II do Código de Processo Civil/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Condomínio Edifício Gemini, inconformado com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 8ª Vara Cível de Competência Especial da comarca de Campo Grande nos autos da ação de cobrança, movida em face de Frederico Otho Filho, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que não houve informação do apelado, no bojo da contestação, de que o imóvel sobre o qual recai o débito de condomínio não mais lhe pertence, em razão de ter sido arrematado em reclamação trabalhista.

Sustenta que quando ingressou com a ação o imóvel não havia sido arrematado e até o presente momento se encontra em nome do recorrido, o que comprova a titularidade do mesmo.

Explica que os arrematantes somente assumiriam a arrematação se o imóvel fosse livre de quaisquer ônus, constando tal obrigação literalmente dos autos de arrematação juntados ao presente processo, e que até o presente momento quantia alguma foi paga pelos débitos de condomínio que recaem sobre o bem, nem mesmo os vencidos posteriormente à arrematação.

Obtempera que a demanda foi corretamente endereçada, não cabendo ação em face dos arrematantes, mas tão somente o chamamento de terceiro à lide pelo recorrido, nos termos do artigo 1.245 do Código Civil.

Ao final, requer o provimento do recurso, com a reforma da decisão recorrida.

Contrarrazões apresentadas às f. 257-261, nas quais o apelado pugna pelo não provimento do recurso.

VOTO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Condomínio Edifício Gemini, inconformado com a sentença de f. 232-239 que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de cobrança, movida em face de Frederico Otho Filho.

O dispositivo da decisão recorrida restou assim redigido, *in verbis*:

Destarte, em razão dos argumentos expostos, julgo improcedente o pedido formulado na inicial e condeno o requerente ao pagamento das multas de 5 salários mínimos e de 3 % sobre o valor da causa em benefício do requerido por enquadramento nas condutas descritas nos artigos 80, III, e 258 do Código de Processo Civil. O requerente arcará com as custas processuais. Sem honorários advocatícios, pois o requerido não apresentou defesa. Conflito dirimido com resolução de mérito e fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo para eventual recurso, com o pagamento das custas, arquivem-se.

P.R.I.C

Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.

Das despesas condominiais

O condomínio apelante pretende o recebimento de valores referentes a despesas condominiais do imóvel situado na rua Rui Barbosa, nº 3.550, Apartamento 1.502, Bairro São Francisco, Campo Grande/MS, de Matrícula nº 31.381 do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Capital.

Em que pesem os argumentos trazidos aos autos pelo recorrente, entendo que razão não lhe assiste.

O imóvel em questão não mais pertence ao recorrido, Frederico Otto Filho, uma vez que foi arrematado nos autos da Ação Trabalhista nº 0030900-93.2005.5.24.0002, que tramitou perante a 2ª Vara da Justiça do Trabalho de Campo Grande.

Naqueles autos, constou expressamente que o imóvel possuía débitos, bem como restou ainda consignado expressamente no auto de arrematação que “*existem sobre o referido imóvel registros de penhora, conforme cópia da matrícula atualizada anexa*”, estando tal documento juntado à f. 36 dos Autos de Impugnação ao Cumprimento de Sentença nº 0802035-96.2014.8.12.0001, em trâmite perante a 9ª Vara

Cível da comarca de Campo Grande, movida pelo apelado em face do condomínio apelante, apenso aos Autos de Cumprimento de Sentença nº 0008883-60.1999.8.12.0001.

Além disso, o condomínio constou como terceiro interessado nos autos da reclamação trabalhista, tendo apresentado agravo de petição perante o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, no qual questionava os ônus decorrentes das despesas condominiais, sendo o acórdão respectivo ementado da seguinte maneira (f. 215-218):

ARREMATACÃO – DESPESAS CONDOMINIAIS – SUB-ROGAÇÃO. A obrigação de pagamento de despesas condominiais constitui obrigação propter rem, pois se tratam de débitos vinculados ao próprio imóvel, destinados a sua manutenção e subsistência. Logo, cabe ao arrematante arcar com os ônus atrelados aos débitos de cotas condominiais, quando mencionados no edital de praça.¹

Assim, acerca das obrigações ora discutidas, Carlos Roberto Gonçalves assim dispõe, *in verbis*²:

Obrigação propter rem é a que recai sobre uma pessoa, por força de determinado direito real. Só existe em razão da situação jurídica do obrigado, de titular do domínio ou de detentor de determinada coisa.

(...)

Na obrigação real, todavia, a substituição do titular passivo opera-se por via indireta, com a aquisição do direito sobre a coisa a que o dever de prestar se encontra ligado. Assim, por exemplo, se alguém adquirir por usucapião uma quota do condomínio, é sobre o novo condômino que recai a obrigação de concorrer para as despesas de conservação da coisa.

(...)

Caracterizam-se, assim, as obrigações propter rem pela origem e transmissibilidade automática.

Constituindo-se as despesas condominiais como obrigação *propter rem*, bem como constando expressamente do processo trabalhista e do auto de arrematação que o imóvel possuía dívidas, não há falar em condenação do antigo proprietário ao pagamento do débito.

Nesse sentido é o entendimento deste e. Tribunal de Justiça, conforme arestos abaixo colacionados:

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DESPESAS CONDOMINIAIS ANTERIORES A ADJUDICAÇÃO – RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO ADJUDICANTE – OBRIGAÇÃO PROPTER REM – RECURSO DESPROVIDO.

O adquirente, em adjudicação, responde pelos encargos condominiais incidentes sobre o imóvel adjudicado, ainda que anteriores à aquisição, tendo em vista a natureza propter rem das cotas condominiais. (TJMS. Embargos Infringentes nº 0104829-44.2008.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 12/02/2015, p: 13/02/2015)

¹ TRT 24ª Região, Agravo de Petição nº 0030900-93.2005.5.24.0002, Rel. Des. Nicanor de Araújo Lima, 2ª Turma, Julgado em 03/12/2014.

² *In Direito civil brasileiro*. Volume II – teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 5. ed. rev. e atual, 2008, p. 11-13.

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ANALISADA COM O MÉRITO – TAXA CONDOMINIAL – OBRIGAÇÃO PROPTER REM – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ATUAL PROPRIETÁRIO DO BEM – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – EXCLUSÃO DO ANTIGO PROPRIETÁRIO – ADQUIRENTE QUE, NO ATO DE TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL, RECONHECEU A EXISTÊNCIA DA PRESENTE DEMANDA E ASSUMIU EVENTUAIS DESPESAS CONDOMINIAIS EXISTENTES SOBRE A UNIDADE IMOBILIÁRIA – ABRANGÊNCIA DA CONDENAÇÃO – PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO VERIFICADA – SENTENÇA MODIFICADA. Demonstrado pelo recorrente as razões do seu inconformismo e os motivos que ensejam a modificação da decisão, não há se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade. Ao adquirir o bem imóvel, torna-se o adquirente responsável pelas dívidas pendentes referentes ao condomínio, impondo-se a substituição do primitivo condômino pelo atual proprietário do imóvel. Nos termos do artigo 290, do CPC, tratando-se de ação de cobrança de quota condominial, cabível a exigência das parcelas vincendas até o efeito adimplemento da obrigação. Os juros de mora incidem a partir de cada cota condominial vencida, porque já se considera em mora o devedor, independentemente de interpelação. A correção monetária deve ser feita pelo IGPM/FGV, desde o vencimento de cada parcela. (TJMS. Apelação nº 0036117-31.2010.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/10/2015, p: 14/10/2015)

Também nesse viés é o posicionamento do c. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

AGRAVO INTERNO – RECURSO ESPECIAL – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – CPC/1973. IMÓVEL ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA – INFORMAÇÃO NO EDITAL ACERCA DA EXISTÊNCIA DE DÉBITOS CONDOMINIAIS – CARÁTER ‘PROPTER REM’ DA OBRIGAÇÃO – RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE – SUCESSÃO NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO – CABIMENTO – EXEGESE DO ART. 42, § 3º, DO CPC/1973 – JULGADOS RECENTES DESTA CORTE – INSUFICIÊNCIA DO VALOR ARRECADADO – IRRELEVÂNCIA.

1. Alienação de imóvel em hasta pública com informação no edital acerca da existência de débitos condominiais.

2. Responsabilidade do arrematante por dívidas condominiais anteriores à arrematação, devido ao caráter ‘propter rem’ da obrigação. 3. Possibilidade de redirecionamento da execução contra o arrematante, ‘ex vi’ do disposto no art. 42, § 3º, do CPC/1973. Julgados desta Corte Superior.

4. Caso concreto em que foi dada preferência ao credor hipotecário, não restando saldo suficiente para quitar a dívida condominial.

5. Circunstância peculiar que não justifica realização de uma distinção para o caso dos autos.

6. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1532631/SP, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COBRANÇA – ARREMATÇÃO – DESPESAS CONDOMINIAIS – EXPRESSA PREVISÃO NO EDITAL DE ARREMATÇÃO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ – DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO AO RECLAMO – IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR.

1. Havendo expressa previsão no edital de praça que os imóveis seriam vendidos livres de quaisquer ônus que antecederem à venda, impossível imputar ao arrematante a responsabilidade pelo pagamento.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1257987/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015)

Da multa pelo requerimento de citação por edital

A magistrada de piso determinou a aplicação de multa ao recorrente, tendo em vista a disposição do artigo 258 do Código de Processo Civil/2015.

Nos termos do dispositivo legal, “*a parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadoras para sua realização, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário mínimo*”.

Na lição doutrinária de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery³:

2. Dever de veracidade, A parte responde pelo dever de veracidade de suas afirmações. Declinar o local onde está sediada a empresa, ou onde tem domicílio a empresa que se procura citar é dever processual do autor; que, se descumprido, além de lhe acarretar a incidência da multa do CPC 258, pode, também, impor ao réu doloso o dever de indenizar perdas e danos que se seu dolo resultar ao citando.

No caso sob análise, o apelante indicou como endereço do recorrido o local no qual se encontra o imóvel cujas despesas condominiais são cobradas nestes autos, quando sabidamente o apelado não mais ali residia.

A única tentativa efetiva de citação do requerido ocorreu por ação do oficial de justiça, que restou infrutífera (f. 162), após a qual houve o requerimento para citação do réu por edital, uma vez que “*o réu se encontra em local incerto e não sabido*” e que “*desconhece-se o endereço do réu que esporadicamente vem ao condomínio pegar correspondências e não adentra no apartamento*” (f. 165-166).

Após a citação editalícia restar infrutífera, tendo sido nomeado curador especial ao requerido, a Defensoria Pública aventou a preliminar de nulidade da citação por edital, bem como a aplicação da multa, nos termos da contestação de f. 196-203.

Conforme exposto pela Defensoria, o condomínio apelante sabia que o apelado possuía endereço certo na Comarca de Campo Grande, tendo em vista que o requerido foi pessoalmente intimado em outro processo no qual figuravam as mesmas partes, qual seja, 0008883-60.1999.8.12.0001, em 18 de dezembro de 2013, portanto em data anterior ao primeiro requerimento de citação por edital, efetuado em 10 de janeiro de 2014.

Além disso, no próprio sistema E-SAJ constavam outros endereços atribuídos ao requerido, que sequer foram apontados pelo recorrente ou considerados antes que a citação editalícia fosse considerada.

Estando presentes elementos claros e expressos que descaracterizam a argumentação no sentido de que o apelado estava realmente em local incerto e não sabido, resta configurado o dolo necessário para aplicação da multa prevista pelo artigo 233 do Código de Processo Civil, não merecendo reforma a decisão recorrida, neste particular.

Da litigância de má-fé

³ In Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 801.

Por fim, para a caracterização da lide temerária a que se refere o artigo 80 do Código de Processo Civil/2015, tem-se exigido a presença concomitante dos elementos do tipo, um objetivo e outro subjetivo.

O primeiro deles consubstancia-se no dano processual. A parte deverá provar o alegado prejuízo imposto pela conduta antijurídica do adversário que age de má-fé.

O segundo, o elemento subjetivo, inscreve-se no dolo ou na culpa grave da parte maliciosa. Essa prova deverá ser cabalmente produzida no processo, não podendo ser aquilatada com base na presunção.

Nesse contexto, observa-se a magistrada de piso determinou a aplicação de multa por litigância de má-fé, tendo em vista que o condomínio apelante, ao ingressar com a presente demanda, não informou o Juízo acerca da arrematação ocorrida nos autos da reclamação trabalhista, ainda que tivesse conhecimento sobre ela, uma vez que participou naqueles autos como terceiro interessado, buscando receber duas vezes pela mesma obrigação.

Entendo que restou caracterizada a litigância de má-fé, nos termos do inciso II do dispositivo, uma vez que restou configurada a alteração da verdade dos fatos.

Acerca de tal hipótese legal, tem-se que⁴:

II. 8. Alterar a verdade dos fatos. Consiste em afirmar fato inexistente, negar fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro. A L 671/80 retirou o elemento subjetivo “intencionalmente” do texto do CPC/1973 18, de sorte que, desde então, não mais se exige a intenção, o dolo de alterar a verdade dos fatos para caracterizar a litigância de má-fé. Basta a culpa ou o erro inescusável.

Ao omitir o conhecimento acerca da reclamação trabalhista que culminou na arrematação do bem imóvel, mesmo tendo conhecimento acerca da sua existência e dos fatos ali narrados, omitiu-se o apelado acerca de questão essencial para o deslinde da causa, fazendo com que seja devida a multa discutida.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Condomínio Edifício Gemini, negando-lhe provimento para manter incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

⁴ Op. cit., p. 414-415.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0838418-10.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINARMENTE – NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS POR VEREADOR NA TRIBUNA DA CÂMARA MUNICIPAL – EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR – INVIOABILIDADE PARLAMENTAR – IMUNIDADE MATERIAL – ART. 29, VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 – MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – FIXADOS NOS TERMOS DO ARTIGO 85, § 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Examinando a sentença recorrida, verifica-se que restaram analisadas todas as questões suscitadas no processo, de acordo com os parâmetros estabelecidos no pedido inicial e na defesa, não havendo falar em afronta ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

A imunidade parlamentar material é garantia que protege o vereador em todas as manifestações que guardem relação e sejam consequência do exercício do mandato, ainda que proferidas fora do ambiente da Casa Legislativa, mas dentro da circunscrição do município, ressalvados os excessos que possam eventualmente ser cometidos, os quais têm o condão de afastar a garantia constitucional (art. 29, inciso VIII, da CF/88).

Os honorários advocatícios somente são passíveis de modificação quando fixados em quantia irrisória ou exorbitante, devendo ser mantido o *quantum* quando arbitrado conforme diretrizes fixadas no artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Alcides Jesus Peralta Bernal, inconformado com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Campo Grande nos autos da ação de compensação por danos morais, movida em face de Elizeu Dionísio Souza da Silva, interpõe o presente recurso de apelação.

Alega, em síntese, que ingressou com a demanda visando a condenação do apelado em razão de afirmações que realizou durante entrevista à imprensa escrita e eletrônica obtida em 06/09/2013, nas dependências da Câmara Municipal, que foram ofensivas à honra e dignidade do recorrente.

Sustenta que ocorreu ofensa ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, posto que a sentença não foi devidamente fundamentada.

Entende que o recorrido, de forma clara, planejada e com o objetivo de causar dano à honra do apelante, agiu de forma dolosa, e com suas afirmações e ações transpôs os limites da imunidade parlamentar, cometendo excessos e causando grave lesão na reputação e boa fama do recorrente.

Alternativamente, assevera que os honorários advocatícios devem ser reduzidos a patamar justo e coerente com o trabalho e a complexidade da causa, no montante de 10% (dez por cento) do valor da causa.

Ao final, pede o provimento do recurso, para reformar a decisão recorrida.

Contrarrazões apresentadas às f. 298-311, nas quais o apelado pugna pelo não provimento do apelo.

VOTO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Alcides Jesus Peralta Bernal, inconformado com a sentença de f. 251-255 que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de compensação por danos morais, movida em face de Elizeu Dionísio Souza da Silva.

O dispositivo da decisão recorrida restou assim redigido, *in verbis*:

III. Dispositivo

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido de condenação do requerido aos danos morais pleiteados pelo autor.

Condeno a parte autora ao pagamento de custas e demais despesas do processo, além de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, com fundamento no art. 85, § 2º do CPC/2015, tudo acrescido de juros de mora e correção monetária na forma da lei.

Prolato sentença com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015.

Transitado em julgado e observadas as formalidades legais, arquivem-se.

P.R.I.C.

Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.

Preliminarmente

Da ausência de fundamentação da sentença

Entende o recorrente que o teor da sentença recorrida ofende a disposição do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, uma vez que não foi devidamente fundamentada.

Razão não lhe assiste.

Examinando a sentença recorrida, verifica-se que restaram analisadas todas as questões suscitadas no processo, de acordo com os parâmetros estabelecidos no pedido inicial e na defesa, ainda que decididos de forma sucinta.

Há que se ponderar que a sentença satisfaz a exigência de fundamentação jurídica correlacionada aos fatos arrolados, em harmonia com o princípio da livre persuasão racional incorporado pelo legislador processual.

Assim, a alegada ausência de fundamentação está referenciada na posição dissonante adotada pelo juiz de piso àquela sufragada pelo apelante, refletindo apenas a insurgência da parte quanto ao posicionamento adotado pelo magistrado de piso.

Ainda neste sentido, cumpre salientar que fundamentação sucinta não configura a sua ausência, ao contrário, é pacífico o entendimento de que a fundamentação, ainda que sucinta, atende o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, não cabendo falar-se em nulidade da decisão em hipóteses dessa estirpe.

Nestes termos, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, posto que a r. sentença foi proferida com fundamentação suficiente e idônea.

Do mérito

Entende o recorrente que as declarações efetuadas pelo apelado em sessão plenária da Câmara de Vereadores de Campo Grande causaram danos à sua imagem e sua honra, transpondo o limite estabelecido pela imunidade parlamentar, razão pela qual deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

Em que pesem os argumentos trazidos aos autos, razão não lhe assiste.

Resta incontroversa nos autos a condição de vereador do recorrido, bem como as declarações proferidas no exercício da função, ocorridas em 06 de setembro de 2013 durante sessão plenária da Câmara dos Vereadores de Campo Grande, na qual o apelado pronunciou-se sobre o desempenho profissional e comportamental do recorrente.

Nos termos do artigo 29, inciso VIII da Constituição Federal:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

Nessa linha, a lição doutrinária de Alexandre de Moraes é a seguinte¹:

Seguindo a tradição de nosso direito constitucional, não houve previsão de imunidades formais aos vereadores; no entanto, em relação às imunidades materiais o

¹ MORAES, Alexandre **Constituição do Brasil interpretada**. Atlas, 2003.

legislador constituinte inovou, garantindo-lhe a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município.

A imunidade material dos membros do Poder Legislativo abrange a responsabilidade penal, civil, disciplinar e política, pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material.

Dessa forma, são requisitos constitucionais exigíveis para a caracterização da inviolabilidade do vereador: manifestação de vontade, por meio de opiniões, palavras e votos; relação de causalidade entre a manifestação de vontade e o exercício do mandato, entendida globalmente dentro da função legislativa e fiscalizatória do Poder Legislativo e independentemente do local; abrangência na circunscrição do município.

Ou seja, a imunidade garantida ao parlamentar recorrido tem por desiderato fornecer liberdade para que possa exercer livremente seu mandato, expressando sua opinião sem risco de vir a ser repreendido ou punido em razão de suas manifestações. Ainda que, evidente, haja limites no exercício desta função, afastando-se característica de absoluto, não há nos autos elementos que indiquem que essa seja a hipótese tratada.

Da análise do conjunto probatório, registro que o vereador apelado não praticou qualquer abuso de direito a ensejar dano moral, conquanto a referência realizada não atingiu o direito de personalidade da apelante, pois de acordo com os limites da imunidade que é conferida ao parlamentar e em estrita pertinência com o exercício do seu mandato.

Logo, ausente evidência no caso de ter havido excesso na manifestação do apelado, inviável a pretensão indenizatória postulada, porquanto abrangido o fato pela inviolabilidade estabelecida no art. 29, inciso VIII, da Carta Magna.

Nesse sentido é o precedente exarado pelo c. Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INVIOABILIDADE CIVIL DAS OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS DE VEREADORES – PROTEÇÃO ADICIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO – AFASTAMENTO DA REPRIMENDA JUDICIAL POR OFENSAS MANIFESTADAS NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO – PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Vereador que, em sessão da Câmara, teria se manifestado de forma a ofender ex-vereador, afirmando que este “apoiou a corrupção [...], a ladroeira, [...] a sem-vergonhice”, sendo pessoa sem dignidade e sem moral. 2. Observância, no caso, dos limites previstos no art. 29, VIII, da Constituição: manifestação proferida no exercício do mandato e na circunscrição do Município. 3. A interpretação da locução “no exercício do mandato” deve prestigiar as diferentes vertentes da atuação parlamentar, dentre as quais se destaca a fiscalização dos outros Poderes e o debate político. 4. Embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política, respeitados os limites trazidos pela própria Constituição, não são passíveis de reprimenda judicial. Imunidade que se caracteriza como proteção adicional à liberdade de expressão, visando a assegurar a fluência do debate público e, em última análise, a própria democracia. 5. A ausência de controle judicial não imuniza completamente as manifestações dos parlamentares, que podem ser repreendidas pelo Legislativo. 6. Provimento do recurso, com fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do

mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos. (RE 600063, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-090 Divulg 14-05-2015 Public 15-05-2015)

Também é esse o entendimento deste e. Tribunal de Justiça, conforme arestos abaixo colacionados:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – VEREADOR – IMUNIDADE MATERIAL – INVIOABILIDADE NO EXERCÍCIO DO MANDATO – ART. 29, VIII, CF/88 – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO NO CASO CONCRETO. A imunidade garantida ao parlamentar tem por objeto fornecer liberdade para que possa exercer livremente seu mandato, expressando sua opinião sem risco de vir a ser repreendido ou punido em razão de suas manifestações. Evidente que existem limites ao exercício dessa função, afastando-se característica de ser absoluta. No caso em análise, não havendo dúvida de que a manifestação da parte se deu no exercício do mandato, e na circunscrição do Município, eis que proferida durante Sessão da Câmara Municipal de Vereadores, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe, notadamente porque não se verificou, em qualquer momento, que o réu tenha extrapolado os limites ao exercício da sua função.

APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DE VALOR DE DANO MORAL – PEDIDO PREJUDICADO EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA IMPROCEDÊNCIA DA INDENIZAÇÃO PLEITEADA EM APELAÇÃO APRESENTADA PELA PARTE CONTRÁRIA. Se reconhecida, em sede de apelação interposta pela parte contrária, a inocorrência de ilícito causador de dano moral, resta prejudicado o recurso que pleiteava a majoração da indenização. (TJMS. Apelação nº 0827613-61.2014.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 26/06/2018, p: 25/07/2018)

EMENTA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER C.C. – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE PARLAMENTAR – PONDERAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E HONRA E IMAGEM – PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL/ JORNAL – CUNHO POLÍTICO DA MANIFESTAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE EXCESSO OU OFENSA A DIREITOS DA PERSONALIDADE – RECURSO DESPROVIDO. São imunes os vereadores por palavras, opiniões e votos, desde que proferidas nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato. Tratando-se de dois princípios fundamentais (liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem), ambos igualmente protegidos pela Constituição Federal, impõe a ponderação do exercício dos referidos direitos, mormente considerando tratar-se de pessoa pública, em que há preponderância sobre os direitos da personalidade no que se refere à atividade exercida. (TJMS. Apelação nº 0802873-52.2013.8.12.0008, Corumbá, Mutirão - Câmara Cível III - Provimento nº 391/2017, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 17/08/2017, p: 18/08/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RE-ANÁLISE APÓS JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL – ART. 1.040, II, CPC – IMUNIDADE PARLAMENTAR – AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA COM PARADIGMA DO STF – JULGAMENTO RATIFICADO – JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. O Supremo Tribunal Federal, no RE 600.063/SP, reconhece a imunidade judicial dos vereadores por palavras, opiniões e votos proferidos havendo pertinência com o exercício do mandato. Na hipótese, o acórdão recorrido declarou que a fala do vereador em sessão plenária não guardou pertinência com o mandato, exacerbando a função e passando

a emitir juízo de cunho pessoal e difamatório. Ratificação por não havendo violação à imunidade, nem desconformidade com o paradigma. (TJMS. Apelação nº 0800113-32.2015.8.12.0018, Paranaíba, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 12/07/2017, p: 17/07/2017)

Por fim, quanto ao pedido de minoração do valor fixado pelo magistrado de piso a título de honorários advocatícios, não merece prosperar a insurgência do apelante, pois se revela justa e razoável ao caso presente.

Além disso, observa-se que o valor fixado obedece às diretrizes traçadas pelo § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015, quais sejam, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação de serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo causídico.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²:

29. Critérios para fixação dos honorários. São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária.

Ademais, vale consignar que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que os honorários advocatícios são passíveis de modificação somente “quando verifica-se que o valor da verba honorária mostra-se irrisório ou exorbitante”³.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTA-CORRENTE ENCERRADA UNILATERALMENTE – INADMISSIBILIDADE – OBRIGAÇÃO DE REATIVAR MANTIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – QUANTUM MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I. Afigura-se inadmissível à instituição financeira, por simples notificação unilateral imotivada, encerrar conta-corrente ativa, já que, nos termos do artigo 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor, é proibido recusar-se a prestar serviços diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.

II. Se os honorários advocatícios foram arbitrados por equidade (art. 20, § 4º, do CPC/73) em valor razoável, consideradas as balizas legais de arbitramento (art. 20, § 3º, do CPC/73), afigura-se desarrazoado falar em sua minoração. (Apelação nº 0804873-75.2015.8.12.0001, Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/06/2016; Data de registro: 15/06/2016)

Ante o exposto, rejeito a preliminar aventada, conheço do recurso interposto por Alcides Jesus Peralta Bernal, negando-lhe provimento para manter na íntegra os termos da sentença invectivada.

² In Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 433.

³ STJ; T2 - Segunda Turma, AgRg no REsp 1461184/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Jul. 23/10/2014, DJe 30/10/2014.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0833103-64.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, I, DO CPC – REJEITADA – REDE DE *INTERNET* – DISPONIBILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS – LEI DO MARCO CIVIL DA *INTERNET* (Nº 12.965/2014) – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

A Lei 12.965/14, em seu artigo 10, § 1º, prevê a possibilidade de disponibilização de dados pessoais usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 22, do mesmo diploma legal, quais sejam, “*I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros*”. No caso concreto não se verificou a prática de ilícito por parte do usuário, razão pela qual o pedido de disponibilização de dados formulado na inicial deve ser indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins – em substituição legal

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, ajuizada pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A - SANESUL, apela a este Tribunal.

Afirma, em síntese, que apesar da intenção do apelante em cooperar com o Poder Judiciário no combate à prática dos ilícitos virtuais, não se pode desvirtuar o ordenamento legal vigente, exigindo-se do apelante que devesse a privacidade e intimidade de seus usuários, com a quebra de sigilo de dados, mormente em hipóteses como a dos presentes autos, em que restou consignado na sentença que não existem indícios de cometimento de ato ilícito.

Alega que a sentença recorrida violou o disposto no art. 1.022, I, do CPC, uma vez que não houve a análise da alegação exposta no recurso de embargos de declaração, qual seja, a exigência estabelecida pelo art. 22 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da *Internet*) para a quebra de sigilo de dados dos usuários,

devendo, portanto, ser declarada nula por ausência de fundamentação, nos termos do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil.

Aduz que tanto a Lei nº 12.965/14, quanto a Constituição Federal/88, preveem a quebra do sigilo apenas de forma excepcional, quando demonstrado o cometimento do ato ilícito pelo usuário, inexistente no presente caso, razão pela qual a determinação contida na sentença viola o princípio da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal/1988.

Contrarrazões às f. 198-205.

VOTO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação, interposto por *Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda*, contra a sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, ajuizada pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A – SANESUL.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido:

“(…)

3. Isso posto, com fundamento no art. 487, I, do NCPC, julga-se parcialmente procedente a pretensão formulada por Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - SANESUL na presente ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais que contra Facebook Serviços Online do Brasil Ltda, já qualificados, para o fim de obrigar a requerida a disponibilizar à empresa autora as informações que possua nos termos como consignado no bojo desta decisão, assim como o nº/endereço de IP da máquina, sobre a pessoa que criou a ‘página’ denominada “Abaixo SANESUL”, aptas a contribuir para a identificação do usuário ou do terminal e, por consequência, determina-se a extinção deste procedimento cognitivo com resolução do mérito.

Outrossim, tendo em vista a sucumbência mínima da parte ré, mormente em se considerando que, conforme teor do art. 10, § 1º, da Lei nº 12.965/14, ela sequer poderia disponibilizar ao autor as informações ora determinadas, bem como que o autor não logrou êxito em seu principal intento (retirar da base de divulgação da parte ré a comunidade denominada “Abaixo SANESUL”), condena-se a parte autora, exclusivamente, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono da ré, que em atenção ao disposto no art. 85, §§ 2º e 8º, do NCPC, e considerando a natureza da demanda, valor da causa, tempo de duração, trabalho desempenhado e, ainda, atendendo a critérios de equidade, fixam-se em R\$ 1.500,00.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Oportunamente, dê-se baixa e arquivo do feito.”

Posteriormente, os embargos de declaração opostos pela parte requerida foram rejeitados, consoante dispositivo que segue:

“2. Isso posto, conheço dos embargos de declaração opostos por Facebook Serviços Online do Brasil LTDA, pois tempestivos, contudo, rejeito os embargos, visto que não há na decisão prolatada vícios a serem sanados por este Juízo.

I-se.

Diligências legais.”

Passo à análise do recurso.

Da preliminar de nulidade da sentença por violação ao art. 1.022, I, do Código de Processo Civil.

Em seus embargos de declaração a parte requerida arguiu que a sentença é contraditória, na medida em que afastou a obrigação de remoção da página do *facebook* <https://www.facebook.com/abaixosanesul> e das postagens alegadas como ofensivas, uma vez que a parte autora não conseguiu demonstrar a ilicitude das publicações; todavia determinou que houvesse a quebra do sigilo de dados do usuário responsável pela página em questão, com fundamento no art. 5º, IV, da CF/88 e no art. 10, § 1º, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da *Internet*).

Assim, uma vez que não há ilícito nas publicações, inexistente fundamento para quebra do sigilo de dados do usuário, nos termos do art. 22 do Marco Civil da *Internet*.

Pois bem. A contradição que autoriza a interposição dos embargos de declaração é sempre de natureza interna, verificada entre os fundamentos e o dispositivo da decisão/sentença embargada.

Nesse sentido:

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – CONTRADIÇÕES – INEXISTENTES–REDISCUSSÃO POR INCONFORMISMO DAS PARTES EMBARGANTES – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE – EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. 1. A investigação do preenchimento dos requisitos recursais submete-se ao crivo da Teoria da Asserção, isto é, se dá mediante análise perfunctória e abstrata, consideradas exclusivamente as alegações das partes. Assim, se a parte alega a existência de contradição, devem ser conhecidos os embargos opostos, sendo a efetiva ocorrência do vício matéria relegada à análise do mérito do recurso. 2. Não existem contradições ou omissões no voto condutor do julgamento unânime, pois a questão proposta foi analisada pelo Colegiado com coerência entre a fundamentação e a conclusão. A parte embargante deduz em suas razões verdadeiro e inequívoco inconformismo com o resultado do julgamento. Entretanto, a rediscussão do julgado não é possível em sede de embargos de declaração. 3. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (TJMS. Embargos de Declaração nº 1413487-86.2016.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 25/04/2017, p: 26/04/2017)

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – CONTRADIÇÃO AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO. Ao contrário do que alega o embargante, a sentença foi bastante clara, não havendo ser falar em contradição, seja na sua fundamentação, seja na sua conclusão. Frise-se que a contradição que enseja a interposição de embargos declaratórios é a interna e não a externa, conforme posicionamento do STJ. Daí que, se o embargante entende que a aplicação do art. 515, § 1º, do CPC, violou o direito ao duplo grau de jurisdição, não pode querer rever a decisão em sede de embargos declaratórios, já que inexistente a alegada contrariedade interna, devendo, pois, utilizar-se do meio processual adequado para tal fim. (TJMS. Embargos de Declaração nº 0000426-41.2011.8.12.0026, Bataguassu, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 07/11/2013, p: 04/12/2013)

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – CONTRADIÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E O DISPOSITIVO – VÍCIO QUE DEVE SER SANADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA A CADA UM DOS AUTORES – EMBARGOS ACOLHIDOS PARA SANAR A CONTRADIÇÃO APONTADA. Devem ser acolhidos os embargos quando for detectada contradição entre a fundamentação

do acórdão e sua parte dispositiva. A indenização por danos morais arbitrada em razão de cancelamento de voo sem prévia notificação dos passageiros é devida na importância de R\$ 10.000,00 para cada um dos autores, conforme precedentes deste Tribunal. (TJMS. Embargos de Declaração nº 0803080-81.2014.8.12.0019, Ponta Porã, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 27/03/2018, p: 28/03/2018)

No caso concreto, o juízo expôs em sua fundamentação que:

“(...) Com efeito, na hipótese em análise, dois são os direitos individuais em debate, vale dizer, o direito à honra e à imagem (art. 5º, X, da CF/88), por um lado, e o direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF/88), de outro. Nesse contexto, embora os direitos constitucionalmente consagrados - aí incluídos aqueles ora em análise - não possuam hierarquia entre si quando considerados em abstrato, gize-se que a “A liberdade de manifestação do pensamento constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, mas o seu exercício deve ocorrer de forma responsável, não se admitindo o anonimato e a violação de direitos fundamentais da pessoa humana.” (TJDFT - Agravo de Instrumento nº 20150020128068, 6ª Turma Cível, Rel. José Divino de Oliveira. j. 08.07.2015, DJe 21.07.2015)

Dessa feita, e inclusive como indica o art. 5º, IV, da CF, tem-se que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, cabendo-se, então, perquirir, inicialmente, sobre a existência de anonimato no presente caso, bem como se a manifestação de pensamento ultrapassou os limites a ela constitucionalmente impostos, tendo em vista que o pedido autoral se baseia em duas premissas, uma de que a manifestação fora realizada de forma anônima (o que demandaria ao réu a imposição de apresentar os dados que possibilitariam a identificação do usuário ou do terminal) e outra de que as postagens são ofensivas e, portanto, devem ser extirpadas do provedor do réu.

E, nesse ponto, tem-se que cabe parcial acolhimento da pretensão inicial, uma vez que, ao que se observa dos documentos colacionados à lide, assim como das afirmações das partes, não há efetiva individualização do usuário que criou a comunidade no Facebook denominada “Abaixo Sanesul”, o que se mostra plausível, até mesmo tendo em vista que, bem ou mal, a aludida página da internet dispõe sobre a empresa demandante, tendo, ela, então, interesse e possibilidade de saber/ter conhecimento de quem foi o criador da página em debate e que está difundindo informações acerca de seus serviços.

Aliás, tem-se que tal direito está amparado no art. 10, § 1º, da Lei nº 12.965/2014, que dispõe que “O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.”. Dessa forma, e considerando inclusive que a própria parte ré não obsta o fornecimento de tais informações, apenas indicando que não dispõe de todos os dados sobre a pessoa que criou a página, cabível se mostra o deferimento do pedido formulado no item “c.ii” de p. 10.

Diga-se, por sua vez, que os dados a serem indicados pelo Facebook à parte autora devem ser aqueles indicados pela própria parte ré em sua contestação que porventura possua (nome, sobrenome, e-mail, data de aniversário e sexo), além do nº/endereço de IP e outros dados que possua quanto ao criador da aludida ‘página’ em discussão e que “possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal”, tal como dispõe o supramencionado e transcrito § 1º do art. 10 da Lei nº 12.965/2014.

(...)”

Por fim, na parte dispositiva da sentença, restou consignado:

(...)

3. Isso posto, com fundamento no art. 487, I, do NCPC, julga-se parcialmente procedente a pretensão formulada por Empresa De Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - SANESUL na presente ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais que contra Facebook Serviços Online do Brasil LTDA, já qualificados, para o fim de obrigar a requerida a disponibilizar à empresa autora as informações que possua nos termos como consignado no bojo desta decisão, assim como o n°/endereço de IP da máquina, sobre a pessoa que criou a ‘página’ denominada “Abaixo Sanesul”, aptas a contribuir para a identificação do usuário ou do terminal e, por consequência, determina-se a extinção deste procedimento cognitivo com resolução do mérito. (...)”

Como se pode verificar, não há qualquer contradição da fundamentação da sentença com sua parte dispositiva. A insurgência do embargante diz respeito ao entendimento firmado pelo magistrado face a legislação que rege a matéria, o que não torna a sentença contraditória somente porque o recorrente não se conforma com o que foi decidido.

Posto isso rejeito a preliminar.

Do mérito.

No mérito, o apelante aduz que tanto a Lei nº 12.965/14, quanto a Constituição Federal/88, preveem a quebra do sigilo apenas de forma excepcional, quando demonstrado o cometimento do ato ilícito pelo usuário, inexistente no presente caso, razão pela qual a determinação contida na sentença viola o princípio da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal/1988.

Neste ponto, o recurso merece provimento.

Isto porque, a Lei nº 12.965/2014 dispõe em seu art. 10 que:

“Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.”

Por sua vez, a Seção IV, da Lei 12.965/14, estabelece:

“Seção IV

Da Requisição Judicial de Registros

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Como se vislumbra, para que o provedor seja obrigado a disponibilizar os dados pessoais do usuário, devem estar preenchidos todos os requisitos previstos nas alíneas I, II e III do parágrafo único, do art. 22, da Lei 12.965/14.

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça e assim como por este Tribunal de Justiça. Confira-se:

(...) Diante disso, ainda que muitos busquem na web o anonimato, este não pode ser pleno e irrestrito. A existência de meios que possibilitem a identificação de cada usuário se coloca como um ônus social, a ser suportado por todos nós objetivando preservar a integridade e o destino da própria rede. Isso não significa colocar em risco a privacidade dos usuários. Os dados pessoais fornecidos ao provedor devem ser mantidos em absoluto sigilo – como já ocorre nas hipóteses em que se estabelece uma relação sinalagmática via internet, na qual se fornece nome completo, números de documentos pessoais, endereço, número de cartão de crédito, entre outros – sendo divulgados apenas quando se constatar a prática de algum ilícito e mediante ordem judicial. (...)” (REsp 1186616/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DISPONIBILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS – REDE DE INTERNET – LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET (Nº 12.965/2014) – REQUISITOS – NÃO PREENCHIDOS – AUTORIZAÇÃO NÃO CONCEDIDA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO DO FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. E IMPROVIDO DA SENAI. A sentença merece ser reformada, pois apesar da Lei nº 12.965/2014, em seu artigo 10, § 1º, autorizar a disponibilização de dados pessoais ou outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, sua apresentação somente ocorrerá se presente os requisitos do artigo 22 da referida lei. Após analisar os autos, constato que estão ausentes todos os requisitos legais

que autorizam a quebra do sigilo de dados pessoais, quais sejam: fundados indícios da ocorrência do ilícito; justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e período ao qual se referem os registros. Destarte, se não estão preenchidos os requisitos estampados no artigo 22, parágrafo único e incisos, resta inviabilizado o pedido da requisição dos dados pessoais. (TJMS. Apelação nº 0809642-63.2014.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 15/03/2016, p: 17/03/2016)

No caso concreto, consoante restou consignado na sentença,

“(…)

Já no que pertine ao pedido formulado sob o item “c.i” de p. 10, melhor sorte não assiste à parte autora, uma vez que, para tanto, caberia a demonstração de que as publicações se deram de maneira patente ofensiva e/ou difamatória, o que não se vislumbra no caso em apreço, no qual, aliás, ao que consta, apenas se verifica que houve manifestações de insatisfação e/ou descontentamento com o serviço prestado pela parte autora, o que, longe de caracterizar ‘manifestação difamatória’, aponta para supostas falhas que devem ser observadas e, quiçá, em sendo o caso, corrigidas pela autora. Ora, não se pode vetar toda e qualquer manifestação sobre a parte autora, uma vez que isso caracterizaria manifesta ofensa aos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual, adotando um Estado Democrático de Direito, prezou pela livre manifestação de pensamento, apenas sendo vedado o anonimato, o que ora está se corrigindo, visto que à parte autora será dada a possibilidade de descobrir quem foi o criador da comunidade que a ela faz referência.

Aliás, críticas à prestação de serviço público como o caso em debate são questões corriqueiras e que não conduzem, de forma objetiva, à inerente ilegalidade.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OPINIÃO NEGATIVA – REDE SOCIAL – FACEBOOK – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO.

1. Opinião negativa postada nas redes sociais contra serviço prestado por empresa não configura ato ilícito e não gera dano moral. 2. Negou-se provimento ao apelo da autora. (TJDFT - Apelação Cível nº 20140610036475 (887627), 4ª Turma Cível, Rel. Sérgio Rocha. J. 12.08.2015, DJe 15.09.2015).

Conquanto se saiba que “a liberdade de informação (...) não é um direito absoluto, irrestrito e sem limites” (TORRES, José Henrique Rodrigues. RT 705/24), no presente caso não se pode falar que houve um excesso do criador da página no Facebook que manifesta, eventualmente, insatisfação contra os serviços da parte autora, inexistindo razão plausível, pois, para “retirar da base de divulgação da rede social ‘facebook’ as postagens” tidas como ofensivas pela parte autora à sua imagem, visto que albergadas pelo disposto no art. 5º, IV, da CF, que assegura, como já mencionado por vezes na presente decisão, a livre manifestação do pensamento.

RECURSO INOMINADO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MANIFESTAÇÃO DE OPINIÃO A RESPEITO DA QUALIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA EMPRESA AUTORA – PUBLICAÇÃO DAS CRÍTICAS EM SITE DE RELACIONAMENTO (FACEBOOK) – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA – PESSOA JURÍDICA – DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. (Segunda Turma Recursal Cível/TJRS, Recurso Cível Nº 71004866331, Rel. Cintia Dossin Bigolin, Julgado em 22.10.2014).

Ademais, nem consta dos autos e/ou demonstrado que a mencionada ‘página’ com as aludidas críticas ao serviço prestado da empresa venha causando efetivo prejuízo ao seu funcionamento, efetivo dano concreto a sua imagem ou quanto mais de forma econômica. Aliás, pouco crível que a prestação de serviço de porte como a da Autora, em todo o Estado e com milhares de clientes não venha sofrer críticas dos consumidores e descontentamento de alguns, questões que, contudo, embora possam gerar dissabor não acarretam ou transbordam para a ilegalidade.

No mais, bem se diga que não cabe à ré se transformar em prévio ‘censor’ para “coibir futuras postagens ofensivas” atreladas ou com menção à autora, como quer a demandante, cabendo em sendo o caso, à parte, em se sentindo prejudicada, propor a devida ação e expor de forma particularizada o caso a ser debatido, pois, como dito, a ré, a princípio, não é obrigada a controlar, de forma prévia, o conteúdo postado por seus usuários, podendo, entretanto, diante de controle posterior e quando determinado, retirar conteúdo ilegal e/ou ofensivo que tende a causar efetiva lesão a parte ofendida. Aliás, “A imposição de controle prévio de conteúdo sobre páginas não é postura autorizada pelo sistema jurídico vigente por representar censura - vide artigos 5º, IX e 220, § 2º da Constituição Federal - (nesse sentido: STJ, REsp 1337990/SP publicado em 30.09.2014, REsp 1308830/RS publicado em 19.06.2012). (TJES - Processo nº 0003832-05.2015.8.08.0006, 1ª Câmara Cível, Rel. William Couto Gonçalves. j. 28.07.2015, DJ 17.08.2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – FACEBOOK – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – INEXISTÊNCIA DE LIBERDADE PLENA E IRRESPONSÁVEL – PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS – ART. 220, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE PRÉVIO DE MANIFESTAÇÕES NO SITE – PRECEDENTES DO STJ. 1. Pelo princípio da convivência das liberdades individuais, o exercício da liberdade de expressão, segundo art. 220 da CRF, não pode culminar com violação a direito de terceiros de forma irresponsável. 2. Não se observam provas de que o facebook possa, de forma prévia, impedir a publicação de eventos sociais em sua rede. Precedentes do STJ, no sentido de inexistir obrigação de controlar o acesso e as informações que são veiculadas junto ao sistema da rede. (TJES - Processo nº 0036259-02.2014.8.08.0035, 4ª Câmara Cível, Rel. Wallace Pandolpho Kiffer. j. 24.11.2014, DJ 02.12.2014).

Assim, considerando o que ora fora exposto, então, tem-se que plausível se mostra apenas a determinação para que a parte ré disponibilize à empresa autora informações que possuam, assim como o endereço de IP da máquina, sobre a pessoa que criou a página denominada “Abaixo Sanesul”.

Como se observa, a sentença objurgada reconheceu que as publicações em questão não se mostram ofensivas ou difamatórias, tratando-se apenas de manifestações de insatisfações e/ou descontentamento com o serviço prestado pela autora/recorrida; contra o que não se insurgiu a parte apelada.

Desta feita, inexistindo indícios da ocorrência do ilícito, resta inviabilizado o pedido inicial, no sentido de “*disponibilizar os registros com os dados pessoais do criador da comunidade, ou informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal.*”

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e, rejeitando a preliminar, lhe dou provimento, para o fim de afastar a obrigação imposta ao apelante, no sentido de fornecer os dados pessoais relativos ao usuário criador da conta discutida, junto ao site do requerido/apelante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 9 de outubro de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0826936-60.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL – RESTABELECIMENTO DO PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO EM RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA – INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NOTIFICAÇÃO PESSOAL – NECESSIDADE DA CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EVIDENCIADA – DANO MORAL – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* MAJORADO – MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – PRETENSÃO A SER SUBMETIDA EM PRIMEIRO GRAU.

Nos termos do Enunciado da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Por se tratar de interpretação mais favorável ao consumidor, bem como porque não comprovada a notificação pessoal e presente a demonstração da continuidade na prestação do serviço de plano de saúde, afasta-se a rescisão unilateral do contrato, para restabelecê-lo.

A rescisão unilateral realizada sem comprovação da notificação pessoal do beneficiário, com frequente emissão de boletos dos débitos atrasados atualizados, aliada à demonstração da necessidade do plano de saúde para tratamento de saúde, ultrapassa o mero aborrecimento e enseja danos morais.

O *quantum* compensatório por dano moral tem de ser razoável e proporcional ao poder econômico-financeiro do ofensor, à sua culpabilidade e ao grau do dano, de forma a não se tornar inexpressivo e insignificante, escapando à sua função penalizadora e pedagógica. Valor majorado.

O pedido recursal de recebimento da multa pelo descumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela deve ser apresentado em primeira instância, em conformidade com o disposto nos art. 536 e art. 537, ambos do Código de Processo Civil.

Recurso da ré conhecido e não provido. Recurso do autor conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso da autora e, nesta extensão, dar provimento e negar provimento ao apelo da ré, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de outubro de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Unimed de Joinville - Cooperativa de Trabalho Médico interpõe recurso de apelação (f. 346-363) e Luis Celso Rangrab, Leila Márcia de Castro Rangrab, Amanda de Castro Rangrab e Yasmin de Castro Rangrab interpõem recurso adesivo, f. 378-385, contra sentença (f. 330-337) de ratificação da antecipação dos efeitos da tutela e de procedência dos pedidos, determinando o restabelecimento do plano de saúde dos autores e condenado a ré ao pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$ 5.000,00, corrigido pelo IGPM e com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da publicação da sentença. Condenou a ré ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios sucumbenciais de 15% sobre o valor da condenação.

Unimed de Joinville - Cooperativa de Trabalho Médico, f. 346-363, sustenta a ausência do direito dos autores ao restabelecimento do plano de saúde em razão da previsão legal da possibilidade de rescisão do contrato em caso de atraso/inadimplência (art. 13, II, da Lei n. 9.656/98).

Alega o atraso no pagamento das mensalidades referentes aos meses de outubro/2015, novembro/2015, dezembro/2015, janeiro/2016, fevereiro/2016, março/2016, abril/2016 e maio/2016, superando, assim, os 60 dias previstos na legislação para rescisão do contrato.

Salienta o envio das notificações do atraso no pagamento, de forma a existir culpa exclusiva dos recorridos na hipótese. Afirma a inexistência de ato ilícito e de nexo de causalidade. Por isso, pretende a reforma da sentença para improcedência dos pedidos de restabelecimento do plano de saúde e de compensação por danos morais.

Luis Celso Rangrab, Leila Márcia de Castro Rangrab, Amanda de Castro Rangrab e Yasmin de Castro Rangrab, f. 378-385, pretendem a majoração do valor da compensação por danos morais, bem como dos honorários advocatícios sucumbenciais. Sustentam a necessidade de recebimento da multa pelo descumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Contrarrazões às f. 372-377 e 393-410. A Procuradora de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso da ré, para afastar a condenação à compensação por danos morais, prejudicado o recurso adesivo (f. 438-445).

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Unimed de Joinville - Cooperativa de Trabalho Médico interpõe recurso de apelação (f. 346-363) e Luis Celso Rangrab, Leila Márcia de Castro Rangrab, Amanda de Castro Rangrab e Yasmin de Castro Rangrab interpõem recurso adesivo, f. 378/385, contra sentença (f. 330-337) de ratificação da antecipação dos efeitos da tutela e de procedência dos pedidos, determinando o restabelecimento do plano de saúde dos autores e condenado a ré ao pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$ 5.000,00, corrigido pelo IGPM e com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da publicação da sentença. Condenou a ré ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios sucumbenciais de 15% sobre o valor da condenação.

Fundamentação:

Do recurso da ré

Unimed de Joinville - Cooperativa de Trabalho Médico, f. 346-363, sustenta a ausência do direito dos autores ao restabelecimento do plano de saúde em razão da previsão legal da possibilidade de rescisão do contrato em caso de atraso/inadimplência (art. 13, II, da Lei n. 9.656/98).

Alega o atraso no pagamento das mensalidades referentes aos meses de outubro/2015, novembro/2015, dezembro/2015, janeiro/2016, fevereiro/2016, março/2016, abril/2016 e maio/2016, superando, assim, os 60 dias previstos na legislação para rescisão do contrato.

Salienta o envio das notificações do atraso no pagamento, de forma a existir culpa exclusiva dos recorridos na hipótese. Afirma a inexistência de ato ilícito e de nexo de causalidade. Por isso, pretende a reforma da sentença para improcedência dos pedidos de restabelecimento do plano de saúde e de compensação por danos morais.

Aos contratos de plano de saúde, como a hipótese em análise, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça¹.

Assim, por se submeter à legislação consumerista, as cláusulas do contrato celebrado entre as partes devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, conforme o disposto no artigo 47, reputando-se nulas aquelas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, nos termos do artigo 51, IV.

Nesse contexto, embora o art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/1998 e art. 17, parágrafo único, da Resolução Normativa nº 195/2009 da ANS disponham sobre formalidades em relação à rescisão unilateral do contrato pela operadora do plano de saúde (como o prazo mínimo de 60 dias de inadimplência e o envio de notificação pessoal), impõe-se a interpretação das cláusulas contratuais de modo mais favorável ao consumidor, em atenção ao art. 47 do CDC.

Na hipótese, apesar de encaminhada a notificação extrajudicial, f. 230-233, esta não foi recebida pelos autores, mas assinada por terceira pessoa (Antônia Martins), não sendo possível a comprovação, do recebimento da notificação pessoal por eles.

Dessa maneira, ao contrário do sustentado pela recorrente, não se trata de culpa exclusiva dos recorridos e na hipótese está evidenciada a rescisão unilateral realizada em desacordo com o disposto no art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/1998.

Outrossim, embora sustente a regularidade na interrupção do contrato de plano de saúde ante a inadimplência dos autores ante o decurso de prazo superior a 60 dias de inadimplência, a ré concordou com o pagamento dos débitos atrasados, emitindo novos boletos com valores devidamente corrigidos com juros e multa.

Assim, os princípios da boa-fé objetiva e a função social do contrato, orientadores das relações contratuais, prescrevem a manutenção do pacto contratual.

Ademais, a autora Yasmin de Castro Rangrab é portadora da Síndrome de Rett, absolutamente incapaz, dependente de seus pais e de acompanhamento médico constante, sessões de fisioterapia, fonoaudiologia, entre outros, sendo inconteste a necessidade da contratação na hipótese.

¹ S. 469, STJ. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Por isso, tratando-se de interpretação mais favorável ao consumidor, bem como porque não comprovada a notificação pessoal e presente a demonstração da continuidade na prestação do serviço de plano de saúde, afasta-se a rescisão unilateral do contrato operada pela ré, para determinar seu restabelecimento.

Os danos morais, por sua vez, têm como regra não ocorrerem nos casos de simples descumprimento contratual. Todavia, as situações de negativa de cobertura médica ou recusa na manutenção do contrato tendem a receber tratamento diferenciado da jurisprudência, pois, em tais hipóteses, as consequências do descumprimento contratual não se confundem com os meros dissabores usuais às relações cotidianas.

Assim ocorreu no presente caso, pois, conforme acima informado, a autora Yasmin de Castro Rangrab é portadora da Síndrome de Rett, absolutamente incapaz, dependente de seus pais e de acompanhamento médico constante, sessões de fisioterapia, fonoaudiologia, entre outros, sendo inconteste a necessidade da assistência do plano de saúde para a continuidade do seu tratamento.

A hipótese se trata de contratação de plano de saúde, cuja finalidade é, precipuamente, o fornecimento de assistência ou tratamento médico na rede conveniada ao plano. Nesse contexto, era esperado o custeio pela ré dos procedimentos necessários ao tratamento da autora incapaz, o que, evidentemente, frustrou suas expectativas, em razão do cancelamento unilateral surpresa por parte da ré, realizado sem a notificação prévia e mesmo ela tendo emitido outros boletos para pagamento posterior do débito atrasado devidamente atualizado.

Não se pode ignorar que a ilicitude da conduta da ré extrapolou o mero aborrecimento, notadamente pelo fato de a autora necessitar continuamente da assistência do plano de saúde.

Dessa forma, há o ilícito, bem como o nexo de causalidade, pois a conduta da ré não atendeu às normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor e na própria Lei nº 9.659/98, de modo a não se considerar tais circunstâncias apenas como mero inadimplemento contratual ou simples aborrecimentos.

Ademais, o direito à saúde é de índole constitucional consagrado no art. 196 da Constituição Federal, ligado diretamente à dignidade da pessoa. Por se tratar de relação jurídica que tem por escopo o direito fundamental à saúde, ultrapassa o mero aborrecimento e enseja os danos morais.

Por isso, nego provimento ao recurso da ré, mantendo a procedência dos pedidos de restabelecimento do plano de saúde e compensação por danos morais.

Do recurso adesivo dos autores

Luis Celso Rangrab, Leila Márcia de Castro Rangrab, Amanda de Castro Rangrab e Yasmin de Castro Rangrab, f. 378-385, pretendem a majoração do valor da compensação por danos morais, bem como dos honorários advocatícios sucumbenciais. Sustentam a necessidade de recebimento da multa pelo descumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Inicialmente, não deve ser conhecido o pedido recursal de recebimento da multa pelo descumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela. Isso porque tal pretensão deve ser apresentada em primeira instância, em conformidade com o disposto nos art. 536 e art. 537, ambos do CPC.

Quanto ao valor da compensação, compete ao magistrado, por falta de parâmetro legal e doutrinário a servir de norte para o arbitramento dos danos morais, a árdua missão de dosar a verba indenizatória em situações como a versada nestes autos. A reparação, por certo, não visa apenas a mitigar os efeitos dos sentimentos negativos sofridos pela vítima, mas também a inibir a reiteração da conduta ilícita perpetrada.

Na hipótese, a sentença condenou a ré ao pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$ 5.000,00, pelo cancelamento unilateral irregular do contrato aliado à premente necessidade de utilização do plano de saúde por uma das autoras.

Nessas circunstâncias, considerando o grau de culpa e a força econômica da ofensora, a situação financeira dos ofendidos, a extensão dos danos causados pela conduta ilícita e o caráter pedagógico da condenação, convém majorar o valor da compensação para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), suficiente para recompensar o desconforto sofrido, sem caracterizar, contudo, o enriquecimento ilícito da vítima.

Saliento a desnecessidade de se analisar o pedido de majoração dos honorários sucumbenciais, porque a sentença havia arbitrado em 15% sobre o valor da condenação e, em razão do resultado dos recursos, com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, serão majorados ao patamar máximo, 20%.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao da ré e conheço de parte e dou provimento ao recurso dos autores, para majorar o valor da compensação por danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com juros de mora a partir da citação e correção monetária desde a data do arbitramento (Súmula 362, STJ).

Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos pela ré aos autores para 20% sobre o valor atualizado da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram parcialmente do recurso da autora e, nesta extensão, deram-lhe provimento e negaram provimento ao apelo da ré, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 24 de outubro de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0821338-91.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – INVENTÁRIO – IMÓVEIS NÃO ARROLADOS NA RESPECTIVA ABERTURA – SONEGAÇÕES DE BENS – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCD) – APLICAÇÃO DE MULTA – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA LEGAL.

Nos termos do art. 134, III, e 135, I, ambos da Lei Estadual nº 1.810/1997, a falta de recolhimento do ITCD, no todo ou em parte, ou o atraso no seu recolhimento, acarreta a aplicação de multa no valor correspondente a cem por cento do ITCD devido, sujeitando-se a tal penalidade os que deixarem de mencionar os frutos pendentes e outros bens transmitidos juntamente com a propriedade e os que sonegarem bens em inventários ou arrolamentos, bem como aqueles que não recolherem o imposto nos prazos legais.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de outubro de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Ushi Tibana (espólio) interpõe recurso de apelação contra sentença proferida nos autos dos embargos à execução opostos em desfavor de Estado de Mato Grosso do Sul. A juíza, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, resolveu o mérito e julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Condenou, por conseguinte, o embargante ao pagamento das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil (f. 48-53).

O apelante afirma que a Certidão da Dívida Ativa executada se refere à multa cominada em razão da abertura do inventário fora do prazo legal. Pontua já ter pago a referida penalidade. Assegura, por isso, ser indevida a cobrança de tal valor. Narra, ao contrário do constante da sentença, não ter ocorrido a venda de outros lotes, mas meras regularizações dos terrenos em questão. Destaca a ausência de sonegação de bens. Sustenta o pagamento dos ITCDs dos aludidos lotes de terreno. Por fim, menciona ser incorreto o fato gerador da CDA (f. 81-92).

Contrarrazões às f. 97-104.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ushi Tibana (espólio) contra sentença proferida nos autos dos embargos à execução opostos em desfavor de Estado de Mato Grosso do Sul.

Fundamentação

Nos autos do processo de inventário autuado sob o número 0100455-24.2004.8.12.0001, o inventariante arrolou apenas um imóvel e recolheu o respectivo imposto (p. 04 e 118/121).

No entanto, no decorrer do processo, foi informado, às f. 39-41, 50-51, 65-66, 77-78, 89-90, 108-109, 135-136, 150-151, 158-159, 221-223, 230-231, 238-239, 259-260, 291-296, 342-343, 403-405 e 561-562, a venda de outros bens imóveis pertencentes ao espólio, os quais não foram devidamente arrolados inicialmente. Além disso, o embargante, no momento devido, não recolheu o imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos - ITCD referente aos referidos bens.

Por isso, o ente estatal aplicou a penalidade prevista nos arts. 134, III, e 135, I, ambos da Lei Estadual nº 1.810/1997, a qual dispõe sobre os tributos de competência do Estado e dá outras providências, *in verbis*:

Art. 134. A falta de recolhimento do ITCD, no todo ou em parte, ou o atraso no seu recolhimento, acarreta:

I - a atualização monetária do valor devido;

II - a exigência de juro até o recolhimento;

III - a aplicação das penalidades previstas no artigo seguinte.

Art. 135. Sujeitam-se às multas de:

I - cem por cento do ITCD devido, os que deixarem de mencionar os frutos pendentes e outros bens transmitidos juntamente com a propriedade e os que sonegarem bens em inventários ou arrolamentos, bem como aqueles que não recolherem o imposto nos prazos legais;

(...).

Ou seja, a Certidão de Dívida Ativa executada (CDA nº 153/2010), refere-se à multa aplicada ante ausência de recolhimento do ITCD, previsto nos arts. 121¹ e 123, I², da legislação acima aludida, em relação aos imóveis não arrolados pelo inventariante quando da abertura do inventário.

A falta de menção destes bens evidencia o intuito da parte de se esquivar do recolhimento do tributo devido, situação que configura sonegação de bens, razão pela qual ela está sujeita às penalidades previstas na lei.

1 Art. 121. O Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e Doação de quaisquer bens ou direitos - ITCD incide sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos.

2 Art. 123. Considera-se ocorrido o fato gerador:

I - nas transmissões causa mortis e na instituição do fideicomisso, no último dia do mês posterior ao do óbito;

(...).

Portanto, a execução em comento é legal, sendo indiferente se, atualmente, já houve o pagamento do aludido imposto, pois a CDA questionada não corresponde à cobrança do tributo propriamente dito, mas à multa aplicada em razão da sonegação de bens no arrolamento, cujo fato gerador já se configurou.

Desse modo, ao contrário do informado pelos recorrentes, não há duplicidade na cobrança da referida penalidade, pois esta não se refere à penalidade imposta em razão da abertura do inventário fora do prazo legal.

No mais, apesar de o embargante negar a venda dos outros imóveis mencionados nos autos do processo de inventário, sustentando a ocorrência de regularização dos terrenos em questão, ele não provou suas alegações, conforme determina o art. 373, II, do Código de Processo Civil. Pelo contrário, ficou demonstrado no processo de inventário que a venda daqueles bens ocorreu posteriormente ao falecimento de Ushi Tibana.

Logo, diante da legalidade do título extrajudicial que fundamenta a demanda executiva, correta a sentença de improcedência dos pedidos formulados na inicial dos embargos à execução.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto por Ushi Tibana (Espólio). Com fundamento no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios devidos pelo embargante ao embargado para 15% sobre o valor atualizado da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 31 de outubro de 2018.

2ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1411498-74.2018.8.12.0000 - São Gabriel do Oeste****Relator Des. Vilson Bertelli**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

Cabível a instauração do incidente de desconconsideração de personalidade jurídica em qualquer fase do processo de execução (art. 134, Código de Processo Civil). O uso irregular da pessoa jurídica, mediante ato fraudulento, a fim de beneficiar seu sócio, o qual se tornou inadimplente, em prejuízo de terceiro (credor), autoriza a desconconsideração inversa da personalidade (art. 133, § 2º, CPC). Ambos, sócio e empresa, respondem pelo débito.

Como consequência do reconhecimento da desconconsideração da personalidade, cabível a rejeição da exceção de pré-executividade apresentada pela empresa recorrente, em que alegava sua ilegitimidade.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Capital Mercantil e Factoring Ltda interpôs agravo de instrumento contra decisão que reconheceu a desconconsideração inversa da personalidade jurídica e rejeitou a exceção de pré-executividade.

Afirmou ser nula a decisão agravada, pois a desconconsideração inversa da personalidade jurídica não foi arguida pelo exequente. Aduziu não ser parte legítima para responder a execução, por não figurar no título executivo. Alegou não estarem evidenciados os requisitos para desconconsideração inversa da personalidade jurídica. Argumentou inexistir demonstração de fraude, má-fé ou confusão patrimonial.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 270).

O agravado apresentou contraminuta às f. 272-275.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Capital Mercantil e Factoring Ltda interpôs agravo de instrumento contra decisão que reconheceu a desconsideração inversa da personalidade jurídica e rejeitou a exceção de pré-executividade.

Fundamentação

A decisão deve ser mantida.

Conforme art. 134 do Código de Processo Civil, o incidente de desconsideração da personalidade é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Na hipótese, quando ajuizada a execução, apesar de previsto o instituto no Código Civil, o procedimento ainda não estava regulamentado. Contudo, no decorrer do processo passou a ser (pelo novo CPC) e o autor pleiteou a análise da matéria (f. 186-192).

Neste contexto, correta a decisão do juiz que considerou ser parte legítima a empresa para figurar no polo passivo da execução, mediante desconsideração inversa da personalidade jurídica (art. 133, § 2º, CPC).

O exequente juntou como título executivo instrumento particular de confissão de dívida de Número 2616 (f. 5), em que João Batista Medeiros consta como devedor.

Contudo, observa-se que João Batista Medeiros emprestou o valor recebido, na mesma data, à executada Capital Mercantil e Factoring Ltda (f. 6), também por meio de instrumento de confissão de dívida, contendo o mesmo número do contrato celebrado entre o sócio João Batista Medeiros e a parte exequente (número 2616).

João Batista Medeiros era sócio diretor e administrava a executada Capital Mercantil e Factoring Ltda e, em diversos contratos, funcionava, ao mesmo tempo, como credor, enquanto pessoa física, e como devedor, enquanto pessoa jurídica.

Em uma análise superficial, realmente, quem deveria constar como executado seria o João Batista, pessoa física. No entanto é evidente, pelos fatos acima narrados, a transferência dos valores à empresa.

Houve o uso irregular da pessoa jurídica, mediante ato fraudulento, a fim de beneficiar seu sócio, o qual se tornou inadimplente, em prejuízo de terceiro (credor). A conduta caracteriza desvio de finalidade e do objetivo social da empresa. Logo, ambos, sócio e empresa, respondam pelo débito.

Como consequência do reconhecimento da desconsideração da personalidade, cabível a rejeição da exceção de pré-executividade apresentada pelo recorrente, em que alegava sua ilegitimidade.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800674-05.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – EQUÍVOCO NO REGISTRO DO SEXO BIOLÓGICO – JUNTADA DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO DE FILHOS BIOLÓGICOS – PRESUNÇÃO DO SEXO BIOLÓGICO AFIRMADO PELA INTERESSADA – RECURSO PROVIDO.

As certidões de nascimento, devidamente subsidiadas pela Declarações de Nascido Vivo (DNV) emitidas pela maternidade onde ocorreram o parto de seus filhos, confere presunção de veracidade à afirmação da interessada de que há equívoco em sua certidão de nascimento, constando como pertencente ao sexo masculino, de modo que é desnecessário expô-la ao constrangimento de perícia médica para atestar sua condição de sexo feminino e somente então autoriza-la à retificação de seu assentamento civil.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Marlei Espindola Chaves interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande, que extinguiu, sem resolução de mérito, a ação de retificação de registro civil ajuizada.

Afirma que anexou ao feito a certidão de nascimento de seus quatro filhos biológicos, de modo que é suficiente para amparar a sua pretensão de retificação de sua certidão de nascimento, que constou equivocadamente possuir o sexo masculino, restando totalmente desnecessária a realização de perícia médica para tanto.

Aduz que não atendeu ao comando judicial por não que se expor, além de sujeitar-se a tamanho constrangimento de passar por perícia médica para comprovar o que é incontestável, ou seja, pertencer ao sexo feminino.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja julgada procedente a pretensão inicial.

Recurso tempestivo e sem recolhimento de preparo por ser a parte beneficiária da justiça gratuita.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Marlei Espindola Chaves interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande, que extinguiu sem resolução de mérito a ação de retificação de registro civil ajuizada.

Segundo consta, ajuizou a pretensão no intuito de retificar seu registro de nascimento, posto que constou equivocadamente ser do sexo masculino.

Anexou ao feito a certidão de nascimento de seus quatro filhos biológicos, reforçando assim pertencer ao sexo feminino.

Intimado, o órgão ministerial que atua no primeiro grau manifestou-se pela necessidade de juntada nos autos de documento médico que ateste o sexo biológico da autora, o que foi determinado pelo juízo, tendo a interessada deixado transcorrer *in albis* o prazo judicial.

Ato subsequente, foi proferida a seguinte sentença:

“Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, cuja instrução e decisão depende exclusivamente da iniciativa de seu requerente.

Ao não juntar o documento essencial, único apto a provar o fato sobre o qual se substancia o pedido, a própria requerente impede sua apreciação pelo juízo, impondo-se a extinção do feito, que por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária, poderá ser renovado a qualquer tempo.

Ante todo o exposto, julgo extinto o processo, nos estritos termos do art. 485, III, do Código de Processo Civil. Sem custas e honorários.”

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Tenho que as razões de apelo merecem prosperar.

Como prova de tratar-se de pessoa biologicamente do sexo feminino, a apelante anexou ao feito as certidões de nascimento de seus quatro filhos.

Em especial as certidões constantes às f. 11 e 12, é possível constatar a indicação da Declaração de Nascido Vivo (DNV), expedida pelas maternidades onde ocorreram o nascimento da crianças.

Consta da Lei nº 12.662/12 (Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV, regula sua expedição, altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências.):

“Art. 2º A Declaração de Nascido Vivo tem validade em todo o território nacional até que seja lavrado o assento do registro do nascimento.

Art. 3ª A Declaração de Nascido Vivo será emitida para todos os nascimentos com vida ocorridos no País e será válida exclusivamente para fins de elaboração de políticas públicas e lavratura do assento de nascimento.

§ 1º A Declaração de Nascido Vivo deverá ser emitida por profissional de saúde responsável pelo acompanhamento da gestação, do parto ou do recém-nascido, inscrito no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES ou no respectivo Conselho profissional.

§ 2º A Declaração de Nascido Vivo não substitui ou dispensa, em qualquer hipótese, o registro civil de nascimento, obrigatório e gratuito, nos termos da Lei.

Art. 4ª A Declaração de Nascido Vivo deverá conter número de identificação nacionalmente unificado, a ser gerado exclusivamente pelo Ministério da Saúde, além dos seguintes dados:

I - nome e prenome do indivíduo;

II - dia, mês, ano, hora e Município de nascimento;

III - sexo do indivíduo;

IV - informação sobre gestação múltipla, quando for o caso;

V - nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto;

VI - nome e prenome do pai; e

VII - outros dados a serem definidos em regulamento.

§ 1º O prenome previsto no inciso I não pode expor seu portador ao ridículo.

§ 2º Caso não seja possível determinar a hora do nascimento, prevista no inciso II, admite-se a declaração da hora aproximada.

§ 3º A declaração e o preenchimento dos dados do inciso VI são facultativos.

§ 4º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter inscrição indicando que o registro civil de nascimento permanece obrigatório, não sendo substituído por esse documento."

Conquanto os nascimentos dos filhos da apelante tenham ocorrido antes da publicação da referida lei, sempre foi de praxe a expedição do referido documento pelas maternidades e demais casas de saúde onde ocorreu o parto, sendo lavrado pelos profissionais médicos que acompanharam o procedimento.

Assim, o referido documento atesta a condição biológica da apelante como sendo efetivamente do sexo feminino, afinal, foi capaz de gerar e dar à luz a filhos, situação que escapa da condição do sexo masculino de ordinário, o que reforça o equívoco na lavratura de sua certidão de nascimento.

Portanto, tratando-se o enquadramento sexual da apelante como expressão legítima de direito da personalidade, amparado pelo princípio-mor da dignidade da pessoa humana, deve ser autorizada a retificação pretendida.

Diante todo o exposto, e contrário ao parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido de retificação do registro civil da autora.

Certificado o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao Cartório do 9º Serviço de Notas e de Registro Civil das Pessoas Naturais da 2ª Circunscrição da comarca de Campo Grande para que proceda à retificação do assentamento da autora, passando a constar como pertencente ao sexo feminino, nos termos do art. 110, parágrafos, da Lei de Registros Públicos.

Sem custas e honorários.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800716-88.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIAS – ILEGALIDADE – SÚMULA Nº 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – ART. 80, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INOCORRÊNCIA – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO E RECURSO OBRIGATÓRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos termos do enunciado de Súmula nº 323 do Supremo Tribunal Federal, é ilegal a apreensão de mercadorias com o nítido propósito de coagir o contribuinte a recolher tributo.

Ausente qualquer das hipóteses previstas no art. 80 do Código de Processo Civil, afasta-se a condenação por litigância de má-fé.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso do Estado de MS e dar parcial provimento à remessa necessária, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de outubro de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Estado de Mato Grosso do Sul, não se conformando com a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande nos autos do mandado de segurança impetrado pela QVN Comércio de Cosméticos Eireli- ME contra ato imputado ao superintendente da administração tributária da fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe o presente recurso de apelação.

Sustenta que o fato de o fisco apreender mercadorias para averiguação e fiscalização de forma imparcial, como no caso em tela, não configura má-fé, tampouco litigância de má-fé, mas estrito cumprimento do dever legal.

Argumenta que o ato de apreensão perpetrado pelo fisco estadual foi praticado antes da propositura da ação, portanto, caracteriza uma conduta extraprocessual, ou seja, realizada fora do ambiente dos autos judiciais em curso.

Expõe que ao fundamentar a aplicação da multa por litigância de má-fé, o magistrado afirmou que a matéria está sedimentada na Súmula nº 323 do Supremo Tribunal Federal, contudo, esta tem apenas caráter meramente orientador, e não vinculante.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a sentença proferida e afastar a condenação por litigância de má-fé.

Intimada, a apelada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões, conforme certificado às f. 154.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 162-171, opina:

“(...) pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação, e pelo provimento parcial do reexame necessário para unicamente excluir a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, em razão da alegada litigância de má-fé”.

A sentença é submetida a reexame necessário, por força do que dispõe o art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Cuida-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, em face da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande que, nos autos do mandado de segurança impetrado pela QVN Comércio de Cosméticos Eireli- ME contra ato imputado ao superintendente da administração tributária da fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, concedeu parcialmente a segurança para determinar a liberação das mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nº 94.213, 95.095, 95.281, 95.787 e 96.183, bem como aplicou ao Estado a pena de litigância de má-fé, fixada em 1% sobre o valor da causa, na forma do art. 81, VI, do Código de Processo Civil.

Como é sabido, a autoridade fiscal tem a obrigação de exigir os créditos que entende devidos, entretanto, deve fazê-lo usando dos meios que a lei disponibiliza para tanto. Por isso é que a retenção da mercadoria só se mostra correta pelo prazo necessário à identificação do sujeito passivo e para a tomada de medidas e adoção do procedimento fiscal adequado.

Nesse aspecto, é inadmissível que o fisco se valha de ato arbitrário para manter a mercadoria em seu poder até o efetivo recolhimento do tributo, conforme já foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio do enunciado de Súmula nº 323, assim redigido:

“Súmula nº 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

No que tange ao apelo interposto pelo Estado de Mato Grosso Sul, no qual objetiva a exclusão da pena por litigância de má-fé aplicada pelo juízo *a quo*, entendo que razão lhe assiste.

De acordo com o art. 80, VI, do Código de Processo Civil, considera-se litigante de má-fé aquele que provocar incidente manifestamente infundado nos autos, ou seja, o referido dispositivo trata da

responsabilidade processual civil por atos e condutas praticadas durante o processo judicial pelas partes e seus procuradores.

Portanto, conquanto reprovável a reiterada e ilegal conduta do Estado de reter mercadorias para obrigar o contribuinte a recolher tributo, tal não pode ser punível na seara processual, conforme, aliás, reiteradamente vem decidido este tribunal em situações análogas:

“REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – RETENÇÃO DE MERCADORIAS PELO NÃO PAGAMENTO DE IMPOSTO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONDENAÇÃO DO ESTADO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – REITERADA CONDUTA ILEGAL – RESPONSABILIDADE PROCESSUAL CIVIL – ART. 80, VI, DO CPC/15 – NORMA PUNITIVA – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – RECURSO PROVIDO. 1. Controvérsia centrada na discussão sobre a possibilidade de retenção de mercadoria pelo não pagamento de imposto, bem como da possibilidade de condenar o Estado por litigância de má-fé pela sua conduta reiterada de reter mercadorias para coagir o contribuinte a pagar o imposto. 2. É inadmissível a apreensão de mercadorias com o propósito de coagir o contribuinte a pagar tributos, conforme teor da Súmula nº 323, do Supremo Tribunal Federal. 3. O art. 80, inc. VI, do CPC/15 dispõe que considera-se litigante de má-fé aquele que: VI - provocar incidente manifestamente infundado, e está localizado na Seção II do CPC/15 ‘Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual’ que está inserida no Capítulo II ‘Dos Deveres das Partes e de seus Procuradores’. Trata-se, assim, de responsabilidade processual civil, ou seja, por atos e condutas praticadas, durante o processo judicial, pelas partes e seus procuradores. 4. Na espécie, mesmo sendo reprovável a reiterada conduta ilegal do Estado de reter mercadorias para obrigar o contribuinte a recolher os impostos, esta não é punível no âmbito da responsabilidade processual civil, podendo ser considerado um ato ilegal para fins de responsabilização civil do Estado. 5. Ademais, por ser norma punitiva, o inciso VI, do art. 80, que dispõe sobre a conduta proibida de provocar incidente manifestamente infundado, não comporta uma interpretação extensiva ao ponto de abarcar como conduta proibida também ‘provocar o ajuizamento de ação judicial por reiterada conduta ilegal’. 6. Sentença mantida em Remessa Necessária. Recurso conhecido e provido” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0810050-49.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 26/09/2018, p: 28/09/2018).

“APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIAS – ICMS A RECOLHER – EXIGÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – LIBERAÇÃO – SÚMULA Nº 323, DO STF – SEGURANÇA CONCEDIDA – CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AO ESTADO AFASTADA – HIPÓTESES DO ARTIGO 80, DO CPC, NÃO VERIFICADAS – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO E OBRIGATÓRIO PARCIALMENTE PROVIDO. É inadmissível a apreensão de mercadorias com o propósito de coagir o contribuinte a pagar tributos, conforme teor da Súmula nº 323, do Supremo Tribunal Federal. Não verificada nenhuma das hipóteses do artigo 80, do CPC, mormente pelo fato de tratar de responsabilidade processual civil, ou seja, por atos e condutas praticadas, durante o processo judicial, pelas partes e seus procuradores, afasta-se a condenação por litigância de má-fé” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0805395-34.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 24/09/2018, p: 25/09/2018).

Ante o exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço dos recursos e dou provimento à apelação cível, bem como parcial provimento ao reexame necessário para afastar a condenação por litigância de má-fé imposta ao Estado de Mato Grosso do Sul.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deram provimento ao recurso do Estado de MS e deram parcial provimento à remessa necessária, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 30 de outubro de 2018.

5ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1410270-64.2018.8.12.0000 - Aquidauana****Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PREVIDENCIÁRIO – MENOR SOB GUARDA – PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91 – EQUIPARAÇÃO A FILHO – FINS PREVIDENCIÁRIOS – LEI Nº 9.528/97 – ROL DE DEPENDÊNCIA – EXCLUSÃO – PROTEÇÃO AO MENOR – ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90 – ECA – GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO – BENEFÍCIO – CONCESSÃO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97 na Lei nº 8.213/91. O art. 33, § 3º do ECA deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na Lei Geral da Previdência Social, em homenagem ao princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de agravo de instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo, irredutível contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Aquidauana, MS, que deferiu a tutela de urgência para o fim de determinar que a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV, em 10 dias, inclua o menor N.º A.N como dependente previdenciário da beneficiária M.L.S e, por consequência, proceda ao pagamento da “pensão por morte”, mediante comprovação em juízo (Autos nº 0800308-07.2018.8.12.0052).

Alega que a legislação previdenciária não inclui o neto como dependente, devendo haver demonstração da capacidade econômica para tanto, o que não ocorreu nos autos, segundo a Manifestação 352/2018/DIRDB da AGEPREV.

Assevera que a lei previdenciária estadual, em seu artigo 16, § 1º, é clara ao estabelecer que a inscrição como beneficiário é condição indispensável à percepção de qualquer benefício e, não havendo

o preenchimento dos requisitos caracterizadores da condição de dependente, não há como reconhecer o benefício da pensão por morte.

Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso para revogar a tutela provisória. Subsidiariamente, pugna pela redução da multa aplicada.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, conforme decisão monocrática de f. 55-57.

Intimado, o agravado apresentou contraminuta e pugnou pelo desprovimento do recurso (f. 63-67).

Instada a manifestar-se, a PGJ opinou pelo desprovimento do agravo (f. 71-78).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, irrisignado contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Aquidauana, MS, que deferiu a tutela de urgência para o fim de determinar que a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV, em 10 dias, inclua o menor NªA.N como dependente previdenciário da beneficiária M.L.S e, por consequência, proceda ao pagamento da pensão por morte, mediante comprovação em juízo (Autos nº 0800308-07.2018.8.12.0052).

Conforme relatado, alega que a legislação previdenciária não inclui o neto como dependente, devendo haver demonstração da capacidade econômica para tanto, o que não ocorreu nos autos, segundo a Manifestação 352/2018/DIRDB da AGEPREV.

Assevera que a lei previdenciária estadual, em seu artigo 16, § 1º, é clara ao estabelecer que a inscrição como beneficiário é condição indispensável à percepção de qualquer benefício e, não havendo o preenchimento dos requisitos caracterizadores da condição de dependente, não há como reconhecer o benefício da pensão por morte.

Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso para revogar a tutela provisória. Subsidiariamente, pugna pela redução da multa aplicada.

Pois bem. Extraí-se dos autos que NªA.N ajuizou ação para concessão de pensão por morte em face da AGEPREV e do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando, em síntese, que foi diagnosticado no nascimento com síndrome de *down*, agravado por ter diabetes, e que em razão da falta de condições financeiras de seus pais para oferecer o tratamento necessário, teve sua guarda concedida, por meio de decisão judicial, a sua avó Maria de Lourdes da Silva. Assevera que após o falecimento da sua guardiã, no dia 19 de janeiro de 2018, deu entrada no pedido de pensão por morte face a requerida, que indeferiu o pedido alegando que o autor não comprovou a dependência financeira.

Sobre tal questão, é possível trazer a polêmica em âmbito federal, aplicável também no âmbito estadual a controvérsia. Nesse passo, é certo que foi modificada a Lei Federal Previdenciária nº 8.213/91, não tendo sido alterado o § 3º do art. 33 do ECA. Continuou sendo defendida a tese de que o menor sob guarda permanece com direitos previdenciários por força do ECA. O INSS, por sua vez, argumentava que o art. 33, § 3º do ECA foi derogado implicitamente pela Lei nº 9.528/97.

Segundo a autarquia, a Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97, é norma posterior e mais especial do que o ECA. Assim, no conflito entre a atual redação do art. 16 da Lei nº 8.213/91 e

o art. 33, § 3º da Lei nº 8.069/90 deveria prevalecer o primeiro diploma, ante a natureza específica da norma previdenciária.

A questão, no entanto, foi pacificada pela Corte Especial do STJ no seguinte sentido: “*Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97 na Lei nº 8.213/91. O art. 33, § 3º do ECA deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da Previdência Social, em homenagem ao princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente (art. 227 da CF/88)*”. Vejamos a íntegra:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.141.788 – RS (2009/0098910-5) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, RECORRENTE: INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, PROCURADOR: TATIANA SILVA DE BONA E OUTRO (S), RECORRIDO: DANIEL RIBEIRO SOTELO, ADVOGADO: IMELDA MARTÍNI E OUTRO (S) – DECISÃO O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS) INTERPÕE RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTO NA ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL, CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, ASSIM EMENTADO: PREVIDENCIÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE – DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE A DATA DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA DO DE CUJUS E O INÍCIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU COMO CANCELAMENTO DA PENSÃO POR MORTE – INVIABILIDADE DE REAPRECIÇÃO DA QUESTÃO – MENOR SOB GUARDA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – SUSPENSÃO INDEVIDA. 1. A revisão de ato de concessão de benefício pelo INSS, no regime anterior ao advento do art. 103-A da Lei 8.213/91, somente pode ocorrer, em regra, dentro do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, haja vista o disposto no artigo 7º da Lei 6.309/75 (revogado pela Lei 8.422, de 23.05. 92) e no artigo 54 da Lei 9.784/99, e também em homenagem ao princípio da segurança jurídica. 2. Não havendo qualquer indício de que o beneficiário tenha agido de má-fé, apresentando provas falsas da atividade exercida, não há como se admitir o cancelamento de um benefício depois de decorridos mais de cinco anos da data do deferimento por força de simples reanálise da prova. 3. A alteração do art. 16 da Lei 8.213/91 feita pela Lei 9.528/97, que exclui do rol de dependentes o menor sob guarda, não revoga o artigo 33, § 3º, da 8.069/90. 4. Devido o restabelecimento do benefício de pensão por morte, a partir da data de sua suspensão na via administrativa. Em suas razões recursais, o recorrente aponta violação dos arts. 53 e 54 da Lei nº 9.784/99 e 16, § 2º, e 103 da Lei nº 8.213/91. Afirma, em síntese, que a administração previdenciária tem o poder-dever de verificar a legalidade dos atos de concessão de benefícios, sobretudo no caso em que o óbito do instituidor ocorreu após a alteração legislativa que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes. Aduz que o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 somente pode ser computado a partir da edição da referida lei. Sustenta, ainda, que a MP nº 138/2003, ao inserir o art. 103-A na Lei nº 8.213/91, alterou o prazo decadencial de cinco para dez anos, na hipótese de anulação de ato administrativo pela Previdência Social. Aduz que “a MP 138/2003, convertida na Lei 10.839/2004, foi publicada ainda dentro do prazo prescricional da Lei 9.784/99, contado a partir da vigência da lei (01/02/1999), aumentando o prazo para 10 (dez) anos, referentes aos atos praticados pela Previdência Social”, de modo que “os atos relativos a benefícios previdenciários serão afetados pela decadência estabelecida nos termos do art. 103-A, da Lei 8.213/91, apenas a partir de 01/02/1999” (fl. 187). Defende, por fim, que o art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, com as alterações impostas pela MP nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes da Previdência Social. Contrarrazões às f. 199-206. Prévio juízo de admissibilidade positivo às f. 208-209. O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial (f. 201-204). Os autos foram atribuídos à minha relatoria em 9/9/2013. Decido. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Resp nº 1.114.938/AL, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, enfrentou a matéria concernente ao prazo decadencial de que dispõe o INSS para rever os

atos de sua alçada, dos quais decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários. O acórdão possui a seguinte ementa: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI 9.784/99 – RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR – ART. 103-A DA LEI 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004 – AUMENTO DO PRAZO DECADENCIAL PARA 10 ANOS – PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NO ENTANTO. 1. A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator: 2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários. 3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.7.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato. 4. Recurso Especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5ª Região, para análise da alegada inobservância do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor. (Resp 1114938/AL, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 2/8/2010) Firmou-se a compreensão, portanto, de que o prazo de decadência, na espécie, é de dez anos, contados a partir da vigência da Lei nº 9.784/99 (1º/2/1999). No caso vertente, a suspensão do benefício concedido a menor sob guarda, com DIB em 27/3/1997, ocorreu em 29/10/2007, ou seja, menos de dez anos contados a partir de 1º/2/1999, não se operando, pois, a decadência. Quanto ao mais, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser indevida pensão por morte a menor sob guarda se o óbito do segurado tiver ocorrido sob a vigência da MP nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97. Com efeito, mediante interpretação da norma contida no art. 16 da Lei nº 8.213/91, firmou-se nesta Corte a orientação de que, “com a edição da Lei nº 9.528/97, o menor sob guarda deixou de ter direito ao benefício de pensão por morte do segurado, não lhe socorrendo, tampouco, a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, ante a natureza específica da norma previdenciária” (EResp 859.277/PE, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada), Terceira Seção, DJe 27/2/2013). No mesmo sentido, os seguintes julgados: DIREITO PROCESSUAL CIVIL – ART. 535 DO CPC – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO – DIREITO PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – MENOR SOB GUARDA JUDICIAL – ÓBITO POSTERIOR À MP 1.523/96 – IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. É firme o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que é indevida a concessão de pensão por morte a menor sob guarda nas hipóteses em que o óbito do segurado ocorreu na vigência da Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97. Precedentes. 3. Hipótese em que o óbito do segurado ocorreu em 19/04/2003 (certidão de fl. 21, e-STJ), em momento posterior, portanto, à alteração da legislação. 4. Recurso especial provido. (Resp 1328300/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª T., DJe 25/4/2013) PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PENSÃO POR MORTE – ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO OCORRIDO APÓS ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO ART. 16 DA LEI Nº 8.213/1991 – MENOR SOB GUARDA EXCLUÍDO DOROL DE DEPENDENTES PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS – BENEFÍCIO INDEVIDO – SÚMULA 83/STJ – INCIDÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Esta Corte

Superior firmou compreensão de que, se o óbito do instituidor da pensão por morte ocorreu após a alteração legislativa promovida no art. 16 da Lei nº 8.213/1991 pela Lei nº 9.528/97 - hipótese dos autos -, tal benefício não é devido ao menor sob guarda. - Não há como afastar a aplicação da Súmula 83/STJ à espécie, pois a Corte a quo dirimiu a controvérsia em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que, em vários julgados, também já rechaçou a aplicabilidade do art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/1990, tendo em vista a natureza específica da norma previdenciária. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Resp 1285355/ES, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada), 5ªT., DJe 4/3/2013) PREVIDENCIÁRIO – RESTITUIÇÃO DO VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ – DESNECESSIDADE – VERBAS DE NATUREZA ALIMENTAR – PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE – MENOR SOB GUARDA – FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL – EXCLUSÃO DO ROL DE DEPENDENTES – ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO ART. 16, § 2º DA LEI 8.213/91. [...] 3. Após as alterações trazidas pelo art. 16, § 2º da Lei nº 8.213/91, não é mais possível a concessão da pensão por morte ao menor sob guarda, sendo também inviável a sua equiparação ao filho de segurado, para fins de dependência. 4. Agravos regimentais improvidos. (AgRg no Resp 1352754/SE, Rel. Ministro Castro Meira, 2ªT., DJe 14/2/2013) AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – LEI Nº 8.213/91 E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À PENSÃO POR MORTE – MENOR SOB GUARDA JUDICIAL – ÓBITO DO SEGURADO INSTITUIDOR OCORRIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.528/97 – IMPOSSIBILIDADE – LEI Nº 8.213/91 – REGRA ESPECIAL APLICÁVEL AOS PLANOS DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – DECISÃO AGRAVADA EM SINTONIA COM A ITERATIVA JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL. [...] 2. A decisão agravada, expressamente, registrou que, após a alteração promovida pela Lei nº 9.528/97 no § 2º, art. 16, da Lei nº 8.213/91, o menor sob guarda judicial deixou de figurar na condição de dependente do Regime Geral de Previdência Social, não possuindo, em consequência, direito à pensão resultante da morte do segurado guardião, não se aplicando à hipótese a regra protetiva do art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em razão da prevalência do critério normativo da especialidade, em razão do qual o direito em discussão deve ser regulado pela Lei nº 8.213/91. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Resp 1004357/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ªT., DJe 5/12/2012) À vista do exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso especial, para denegar a segurança pleiteada. Custas pela parte impetrante. Sem honorários advocatícios (Súmula nº 105 do STJ). Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 17 de outubro de 2014. Ministro Rogerio Schietti Cruz Relator. (STJ - Resp: 1141788 RS 2009/0098910-5, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Publicação: DJ 22/10/2014)

Ante o exposto, com o parecer, conheço do agravo de instrumento interposto, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



3ª Câmara Criminal**Agravo de Execução Penal nº 0006158-31.2018.8.12.0002 - Dourados****Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz**

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – DECRETO PRESIDENCIAL Nº 9.246/2017 – COMUTAÇÃO DE PENA – CONCURSO DE CRIMES COMUM E HEDIONDO – ARTIGO 12, PARÁGRAFO ÚNICO – DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO JUIZ SINGULAR – AFASTAMENTO DO ÓBICE – NECESSIDADE DE NOVA DECISÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há o que se falar em inconstitucionalidade do artigo 12, parágrafo único, do Decreto nº 9.246/2017, pois tal dispositivo prevê condição objetiva de temporalidade mais severa para se pleitear o benefício da comutação de pena aos crimes comuns, quando em concurso com outros crimes hediondos e equiparados.

Logo, o abrandamento da pena se dá apenas com relação aos crimes comuns, não se estendendo este aos crimes impeditivos, devendo o juízo competente na execução da pena verificar os requisitos objetivos, subjetivos e demais exigências legais do caso em concreto, sob pena de supressão de instância.

Recurso parcialmente provido.

Contrário ao parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de novembro de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Em substituição legal

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Reginaldo Cândido, por intermédio da Defensoria Pública do Estadual, contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Dourados/MS, a qual indeferiu pedido de comutação de pena, em relação ao crime simples, ante a ausência de requisito objetivo.

Discorre que a fundamentação utilizada pelo magistrado *a quo* carece de legalidade, vez que este aponta dissonância entre o disposto no artigo 12, do Decreto Federal nº 9.246/2017, com o preceituado no artigo 5º, XLIII, da Carta Magna, afastando, assim, a aplicação daquele dispositivo na comutação dos crimes simples, quando em concurso com crimes impeditivos, por entender ser inconstitucional.

Postula, então, para que seja declarado ilegal o fundamento utilizado pelo juízo de piso, determinando a este a prolação de nova decisão que considere a constitucionalidade do artigo 12, parágrafo único, do citado Decreto Presidencial. Alternativamente, requer a reforma da decisão que indeferiu o pedido do agravante, concedendo-lhe a comutação de pena em relação ao crime comum, com consequente elaboração de novo cálculo de pena.

Prequestiona, ao final, a vigência do Decreto Federal nº 9.246/2017.

Nas contrarrazões (f. 30-45), pugna o *Parquet* pelo conhecimento e improvimento do recurso, vindo a prequestionar o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, artigos 33, *caput*, e § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/2006, artigo 2º, I, da Lei nº 8.072/1990, e artigo 12, parágrafo único, do Decreto Federal nº 9.246/2017.

Instada a se manifestar (f. 103-105), a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, prequestionando o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, artigo 2º, I, da Lei nº 8.072/1990, e artigo 12, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 9.246/2017.

VOTO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Reginaldo Cândido, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, contra decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Criminal de Dourados/MS, a qual indeferiu pedido de comutação de pena, em relação ao crime simples, ante a ausência de requisito objetivo.

Discorre que a fundamentação utilizada pelo magistrado *a quo* carece de legalidade, vez que este aponta dissonância entre o disposto no artigo 12, do Decreto Federal nº 9.246/2017, com o preceituado no artigo 5º, XLIII, da Carta Magna, afastando, assim, a aplicação daquele dispositivo na comutação dos crimes simples, quando em concurso com crimes impeditivos, por entender ser inconstitucional.

Sobre tanto, cita-se trecho decisão agravada:

“(...) Reginaldo Cândido cumpre pena de 9 anos e 6 meses de reclusão, atualmente em regime semiaberto, por infração ao artigo 157, caput, do Código Penal e artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 (f. 605-8).

A defesa requereu a comutação (f. 614).

O Ministério Público se manifestou pelo indeferimento do pedido (f. 619-22).

É o relatório.

Decido.

O sentenciado foi condenado a 3 anos, 5 meses e 25 dias por roubo e a 6 anos e 6 meses por crimes comuns (f. 605-8).

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, veda expressamente a concessão de indulto ou comutação nos crimes de tráfico de drogas, vejamos: “Art. 5º (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes

hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

Assim, de primeiro plano, nos casos de crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo é incabível a anistia, graça e indulto. Sobre o assunto leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Como institutos considerados como indulgentia principis, clemência soberana ou direito de graça incluem-se a anistia, a graça (em sentido estrito) e o indulto (coletivo). A Constituição Federal de 1988 refere-se especificamente à anistia, concedida pela Congresso Nacional (art. 48, VIII), bem como o indulto e à comutação de penas, outorgadas pela Presidente da República (art. 84, XII). De outro lado, enquanto o Código Penal prevê como causas extintivas da punibilidade a anistia, a graça o indulto (art. 107, II), a Lei de Execução Penal menciona apenas a primeira e o último. Por seu Turno, a Constituição Federal refere-se à graça e à anistia para proibi-las em determinados crimes (art. 5º, XLIII). Diante da falta de técnica dos legisladores, constituintes e ordinários, deve-se entender, para compatibilizar os termos utilizados na legislação que, existindo duas formas possíveis de clemência soberana instituídas constitucionalmente, a anistia e o indulto, a palavra graça deve ser entendida como indulto individual e coletivo.” Sem destaques no original (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11.7.1984. 11. ed. - Revista e atualizada – 7. reimpr. – São Paulo : Atlas, 2007, p. 781-2).

Como dito, a Constituição Federal é clara em proibir a concessão do indulto ou comutação. Aqui não se discute se o crime será considerado assemelhado a hediondo ou não, especialmente porque por força do disposto no inciso XLIII, do artigo 5º, da Carta Magna, está vedada a concessão dos mencionados benefícios ao tráfico de drogas, seja ele privilegiado ou não.

Portanto, para a concessão do indulto ou comutação como pretende o reeducando, necessário o cumprimento integral da pena no crime assemelhado a hediondo e não apenas 2/3, dada a inconstitucionalidade do artigo 12, parágrafo único, do Decreto nº 9.246/17.

O acusado foi condenado a 6 anos e 6 meses por tráfico de drogas e a 3 anos, 5 meses e 25 dias por crimes comuns (f. 605-8). Para ter direito à comutação deverá cumprir integralmente a reprimenda do crime assemelhado a hediondo e mais 1/3 do delito comum, pois é reincidente, isto é, 7 anos, 7 meses e 28 dias. Contudo, até 25.12.2017 adimpliu somente 7 anos, 5 meses e 4 dias da reprimenda. Portanto, não preencheu o requisito objetivo para a concessão da comutação.

Desse modo, deve-se indeferir o pedido.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Magna, indefiro o pedido de comutação formulado por Reginaldo Candido dada ausência do requisito objetivo.

P.I.C. ”

Inicialmente, em que pese o fundamentado pelo juízo de piso, não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 12, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 9.246/2017. Explico.

O referido dispositivo não prevê a aplicação do indulto ou comutação da pena para os crimes tidos como hediondos e equiparados. Estes, inclusive, são vedados de receberem tais benefícios juntamente com outras hipóteses elencadas no artigo 3º, do mesmo Decreto Federal. Senão vejamos:

Art. 12. As penas correspondentes a infrações diversas serão unificadas ou somadas para efeito da declaração do indulto natalino ou da comutação, na forma do art. 111 da Lei nº 7.210, de 1984.

Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 3º, não será concedido o indulto natalino ou comutada a pena correspondente ao crime não impeditivo enquanto a pessoa condenada não cumprir dois terços da pena correspondente ao crime impeditivo.

Extraí-se da leitura que o escopo do artigo 12, parágrafo único, do Decreto nº 9.246/2017, visa a concessão de indulto ou comutação da pena aos crimes tidos como comuns, quando em concurso com crimes arrolados no artigo 3º, estabelecendo, ainda, uma condição objetiva temporal mais rigorosa para alcançar tais benesses, devendo o apenado cumprir 2/3 (dois terços) da pena referente ao crime impeditivo.

Oportuno ressaltar, ainda, que tal regra já foi previstas em Decretos anteriores, visando a mesma finalidade.

Outrossim, este é o entendimento jurisprudencial predominante:

EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – COMUTAÇÃO DE PENAS – DECRETO Nº 8.615/2015 – FALTA GRAVE – NÃO INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DA BENESSE – CRIME COMUM E HEDIONDO – NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DO CRIME IMPEDITIVO, E NÃO DE SUA INTEGRALIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 5. Por outro lado, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou-se no sentido de que, aos condenados por crimes comuns praticados em concurso com crime hediondo, é possível a concessão do indulto ou comutação quanto à pena relativa ao crime não hediondo, desde que o apenado tenha cumprido 2/3 da pena referente ao delito hediondo e ainda a fração da reprimenda relativa ao crime comum exigida pelo respectivo Decreto Presidencial. (HC 426.987/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018) – destaquei

AGRAVO EM EXECUÇÃO – DECRETO PRESIDENCIAL Nº 9.246/2017 – CONCURSO DE CRIMES – COMUTAÇÃO DE PENA PARA O CRIME COMUM – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 8º – AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há falar em inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 12 do Decreto Presidencial nº 9.246/2017 porque apenas estabelece regramento de cumprimento de pena para fins de concessão dos benefícios que prevê aos crimes comuns, sem permitir a comutação de pena ou o indulto a crime equiparado a hediondo. Recurso parcialmente provido. (TJMS; AG-ExPen 0001880-84.2018.8.12.0002; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 29/05/2018; Pág. 54) – destaquei

AGRAVO DE EXECUÇÃO – DECRETO PRESIDENCIAL Nº 9.246/2017 – CONCURSO DE CRIME HEDIONDO E CRIMES COMUNS – PEDIDO DE INDULTO DE PENA PARA OS CRIMES COMUNS – INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 12 AFASTADA – PREVISÃO DE INDULTO SOMENTE PARA O CRIME COMUM – AFASTAMENTO DO ÓBICE – NECESSIDADE DE NOVA DECISÃO – PREQUESTIONAMENTO – CONTRA O PARECER, RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. Segundo dispõe o art. 12, parágrafo único, do Decreto nº 9.246/2017, na hipótese de concurso de crime comum com crime hediondo não será declarado o indulto ou a comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo enquanto o condenado não cumprir 2/3 (dois terços) da pena correspondente ao crime

impeditivo. Ao contrário de permitir a concessão do benefício aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, o dispositivo estabeleceu critério temporal diferenciado e mais severo para concessão do indulto em relação à reprimenda do crime comum ou não impeditivo. Compete ao juízo da Execução Penal, afastado o óbice por ele oposto, verificar se preenchidos os critérios de ordem objetiva, considerando a reincidência do reeducando, além dos demais requisitos previstos, sob pena de supressão de instância. Contra o parecer, recurso parcialmente provido. (TJMS; AG-ExPen 0006056-09.2018.8.12.0002; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 03/07/2018; Pág. 198)

Em análise ao caso concreto, com relação ao requisito objetivo temporal do artigo 12, parágrafo único, do Decreto presidencial nº 9.246/2017, é certo que o agravante somente alcançará o direito à comutação da pena para o crime não impeditivo de roubo (artigo 157, *caput*, do Código Penal), quando cumprir pelo menos 2/3 (dois terços) da pena do crime impeditivo de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006).

Finalmente, uma vez afastado o óbice oposto pelo juiz singular, deverá este proferir nova decisão com relação ao pedido de comutação da pena, agora considerando constitucional o artigo 12, parágrafo único, do Decreto nº 9.246/2017, sob pena de incorrer em supressão de instância.

Por tais fundamentos, dou parcial provimento ao agravo interposto, para que seja aplicado aos crimes comuns (não impeditivos) o disposto no artigo 12, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 9.246/2017, afastando a exigência do cumprimento integral dos crimes impeditivos, devendo o magistrado *a quo*, ainda, reapreciar o pedido de comutação da pena postulado pela defesa.

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 1º de novembro de 2018.

3ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 1411260-55.2018.8.12.0000 - Miranda**
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – CIRCUNSTÂNCIAS E PARTICULARIDADES DO CRIME – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E AMEAÇA ÀS TESTEMUNHAS – ORDEM PÚBLICA AFETADA – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO – INVIABILIDADE DE MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS – ORDEM DENEGADA, COM O PARECER.

Inviável acolher alegação de constrangimento ilegal na decretação da prisão preventiva, para garantia da ordem pública, quando a conduta imputada aos pacientes revela violência que extrapola os elementos do tipo penal e enseja indicativos sobre a extrema periculosidade e autoriza a segregação excepcional.

Resta demonstrada a necessidade da custódia cautelar em razão do temor e da insegurança a que estariam sujeitas as testemunhas do fato, notadamente diante dos relatos de grave ameaça, o que interferiria no regular desenvolvimento da instrução criminal.

Eventuais condições subjetivas favoráveis, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

Ordem denegada, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 1º de novembro de 2018.

Juiz Waldir Marques - Em substituição legal

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de José Rayner Roca Pedrosa e Luciano Amâncio Teixeira apontando como autoridade coatora o juiz da 1ª Vara da Comarca de Miranda/MS.

Alega a impetrante, em síntese, que os pacientes encontram-se atualmente presos em decorrência da homologação da prisão em flagrante, convertida em prisão preventiva decretada pelo juízo da 1ª Vara de Miranda/MS, por ocasião da audiência de custódia realizada no dia 01 de outubro do corrente ano, pela

suposta prática do crime de homicídio na forma tentada (artigo 121, *caput* c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal).

Argumenta que o decreto mostrou-se alicerçado em fundamentação inidônea, genérica, além de os pacientes ostentarem condições pessoais favoráveis, revelando-se desnecessária as custódias cautelares.

Entende que a justificativa apresentada pelo magistrado assemelha-se a uma antecipação de juízo condenatório, antes do devido processo penal.

Disserta sobre o direito que reputa cabível ao caso presente e pleiteia o deferimento de liminar, com a consequente expedição de alvarás de soltura, e, ao final, a concessão em definitivo da ordem.

O pleito liminar foi indeferido (f. 85-87).

A autoridade coatora prestou informações (f. 93-94).

Em parecer, a Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 97-103).

VOTO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de José Rayner Roca Pedrosa e Luciano Amâncio Teixeira apontando como autoridade coatora o juiz da 1ª Vara da Comarca de Miranda/MS.

Alega a impetrante, em síntese, que os pacientes encontram-se atualmente presos em decorrência da homologação da prisão em flagrante, convertida em prisão preventiva decretada pelo juízo da 1ª Vara de Miranda/MS, por ocasião da audiência de custódia realizada no dia 01 de outubro do corrente ano, pela suposta prática do crime de homicídio na forma tentada (artigo 121, *caput* c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal).

Argumenta que o decreto mostrou-se alicerçado em fundamentação inidônea, genérica, além de os pacientes ostentarem condições pessoais favoráveis, revelando-se desnecessária as custódias cautelares.

Entende que a justificativa apresentada pelo magistrado assemelha-se a uma antecipação de juízo condenatório, antes do devido processo penal.

Disserta sobre o direito que reputa cabível ao caso presente e pleiteia o deferimento de liminar, com a consequente expedição de alvarás de soltura, e, ao final, a concessão em definitivo da ordem.

O pleito liminar foi indeferido (f. 85-87).

A autoridade coatora prestou informações (f. 93-94).

Em parecer, a Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 97-103).

Passa-se à análise do *writ*.

Exsurge dos Autos 0001520-13.2018.8.12.0015 que José Rayner Roca Pedrosa e Luciano Amâncio Teixeira foram presos em flagrante delito pela prática, em tese, de crime de tentativa de homicídio, tipificado no art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Malgrado os argumentos expendidos, a pretensão deduzida pela impetrante não comporta guarida, porquanto ausente ilegalidade na decisão que manteve a custódia cautelar dos pacientes, à luz de fundamentação válida.

Importante ressaltar que o delito imputado admite a prisão preventiva, pois punível com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, o que, *ex vi* do art. 313, I, do Código de Processo Penal.

D'outro vértice, as prisões cautelares dos pacientes foram fundamentadas idoneamente, tendo em vista a presença de indícios de autoria e provas de materialidade, consubstanciados pelo auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência e depoimentos testemunhais amealhados nos autos alhures mencionados.

Gize-se (f. 39-40):

A análise da presente comunicação de prisão em flagrante permite concluir que se encontram presentes os requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Com efeito, trata-se de crime doloso cuja pena máxima privativa de liberdade suplanta 04 (quatro) anos, estando, pois, preenchida a condição de admissibilidade.

De fato, estão presentes provas da materialidade e indícios suficientes da autoria da infração penal.

Além disso, restou caracterizado o periculum libertatis, já que, em um primeiro momento, a manutenção da custódia cautelar se justifica para assegurar a garantia da ordem pública.

Embora o autuado Luciano tenha apresentado versão de que efetuou o disparo, as vítimas envolvidas, sobretudo, Leandro Rocha Loio, declarou de forma convincente que Rayner foi o autor dos disparos contra a caminhonete e Luciano pilotava a moto.

Os autuados, após briga na praça central, acabaram se desentendendo com a vítima, o que motivou o posterior disparo de arma de fogo por parte do autuado Luciano. O disparo foi direcionado para parte inferior do tórax da vítima que se encontra ainda hospitalizada, certamente em risco de vida dada a região atingida.

Há informação convincente ainda de que também foram vitimados Leandro Rocha Loio e Vivian Almeida. Que ao tentarem socorrer a vítima Renan, foram ameaçadas pelos autuados José Rayner e Luciano, que insistiram em persegui-los pela cidade e por várias vezes (pelo menos sete) tentaram alvejar o veículo no qual estava o casal. Ressalto que ambos foram imprescindíveis para a concretização das condutas, eis que enquanto Luciano confessou ter atirado em Renan, posteriormente pilotava a motocicleta enquanto Rayner insistia em atirar contra a caminhonete das vítimas Leandro e Vivian.

É certo que a primariedade e ausência de antecedentes por si não suprime a necessidade de custódia cautelar.

Tais condutas, a princípio, demonstram frieza e intenso desvalor pela vida humana.

Dessa feita, diante do modus operandi, não resta dúvidas quanto a gravidade em concreto das condutas praticadas por José Rayner Roca e Luciano Amâncio Teixeira e a periculosidade do(s) conduzido(s), sendo a decretação da preventiva indispensável para a garantia da ordem pública.

Verifica-se que o flagrante foi convertido em preventiva diante da necessidade de assegurar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do delito imputado aos pacientes.

Além disso, consta da decisão objurgada que os pacientes ameaçaram duas testemunhas que tentaram socorrer a vítima que fora alvejada, bem como que José e Luciano teriam perseguido estas e desferido disparos de armas de fogo contra o veículo que ocupavam.

A toda evidência, demonstrada a necessidade da custódia cautelar, tendo em vista o temor e a insegurança a que estariam sujeitas aludidas testemunhas, notadamente diante dos relatos de grave ameaça, o que poderia interferir no regular desenvolvimento da instrução criminal.

Nesse cenário, a decretação da prisão preventiva se faz imprescindível para garantir a ordem pública e a instrução processual com a esmerada coleta das provas, o que garantirá que a vítima e testemunhas possam sentir-se minimamente seguras para comparecerem em juízo, sem receio de represálias.

O magistrado apontado como autoridade coatora, além de se referir à materialidade e aos indícios de autoria, realçou a gravidade concreta da conduta, bem como a necessidade de assegurar a instrução criminal, motivos que demonstram a necessidade da prisão.

Assim, considerando que as particularidades, as circunstâncias fáticas do delito, bem como a própria dinâmica dos acontecimentos, culminam por delinear a gravidade concreta da conduta que teria sido perpetrada, além dos relatos apresentados pelas testemunhas, inviável a revogação da segregação processual.

Veja-se nesse sentido, precedente deste Sodalício no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1402336-89.2017.8.12.0000, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques:

EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE INDICAM A GRAVIDADE ACENTUADA E CONCRETA DA CONDUTA DO PACIENTE – ORDEM PÚBLICA AFETADA – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – DECRETO PRISIONAL MANTIDO – MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS – INVIABILIDADE – ORDEM DENEGADA.

1. O decreto prisional preventivo está embasado nas circunstâncias do crime, que indicam elevada e concreta gravidade, elementos que são capazes de infligir riscos à garantia da ordem pública, pelo que se faz necessária a manutenção da custódia cautelar porque evidenciada a periculosidade do paciente.

2. A gravidade acentuada e concreta do delito penal, pela sua natureza e dinâmica dos fatos, impede a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Importante ressaltar que eventuais condições subjetivas favoráveis dos pacientes, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva (STJ, HC 460668/PR, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 02/10/2018).

A necessidade da prisão preventiva restou suficientemente fundamentada, destacando o preenchimento dos requisitos legais peculiares à espécie, não se vislumbrando, pois, irregularidade apta a demandar a revogação almejada.

Por fim, mister asseverar que a prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, nem se trata de execução antecipada de pena. A Constituição Federal prevê, no seu art. 5º, LXI, a possibilidade de prisão, desde que decorrente de ordem escrita e fundamentada, o que se sucedeu no caso em estudo.

Outrossim, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

Assim, diante da presença dos pressupostos autorizadores da segregação cautelar e mediante as circunstâncias do caso em concreto que revelam a efetiva necessidade da prisão preventiva, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

Pelo exposto, com o parecer, conheço do pedido, mas denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 1º de novembro de 2018.

2ª Seção Criminal**Mandado de Segurança nº 1410467-53.2017.8.12.0000 - Campo Grande****Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz**

EMENTA—MANDADO DE SEGURANÇA—LAVAGEM DE CAPITAL E FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS – IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE SEQUESTRO DE BENS EM CAUTELAR INCIDENTAL – PRELIMINAR SUSCITADA PELA PGJ – UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO PRÓPRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 267 DO STF – NÃO CONHECIDO.

Contra a decisão judicial que defere o pedido de sequestro de bens, proferida em incidente cautelar, é cabível o recurso de apelação, nos termos do artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal, não se prestando o Mandado de Segurança como medida substitutiva ao remédio próprio. Incidência da Súmula 267 do STF.

Com o parecer, *mandamus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acolher a preliminar e não conhecer do mandado de segurança.

Campo Grande, 14 de novembro de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Em substituição legal

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

João Alberto Krampe Amorim dos Santos, Elza Cristina Araújo dos Santos do Amaral e Proteco Construções Ltda. impetram mandado de segurança em face de ato praticado pela juíza da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que, nos Autos do Incidente Processual nº 0008443-34.2017, acolheu o pedido do Ministério Público Estadual e deferiu as medidas assecuratórias de sequestro de bens imóveis e valores em contas bancárias dos impetrantes.

Discorrem, prefacialmente, sobre o cabimento da presente ação mandamental em face da decisão que decreta sequestro de bens, ressaltando que esta “*não é definitiva nem tem força de definitiva, não sendo, por conseguinte, passível de ser discutida pelo recurso de apelação*” (f. 3).

Relativamente ao mérito, sustentam que a medida assecuratória ofende direito líquido e certo dos impetrantes, na medida em que a decisão judicial impugnada é nula e carece de fundamentação idônea, sobretudo porque não houve a indicação dos indícios veementes da proveniência ilícita dos bens sequestrados.

Por tal razão, requerem a concessão da segurança, a fim de que seja reconhecida a ilegitimidade da medida assecuratória, afastando-se o sequestro de bens dos impetrantes.

Não houve pedido de liminar.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça suscita preliminar de não conhecimento do presente *mandamus* e, quanto ao mérito, pugna pela denegação da segurança (f. 1305-1309).

VOTO

A Sr^a. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

João Alberto Krampe Amorim dos Santos, Elza Cristina Araújo dos Santos e Proteco Construções Ltda. impetram mandado de segurança em face de ato praticado pela d. juíza da 3^a Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que, nos Autos do Incidente Processual nº 0008443-34.2017, acolheu o pedido do Ministério Público Estadual e deferiu as medidas assecuratórias de sequestro de bens imóveis e valores em contas bancárias dos impetrantes.

Discorrem, prefacialmente, sobre o cabimento da presente ação mandamental em face da decisão que decreta sequestro de bens, ressaltando que esta “*não é definitiva nem tem força de definitiva, não sendo, por conseguinte, passível de ser discutida pelo recurso de apelação*” (f. 3).

No tocante ao mérito, sustentam que a medida assecuratória ofende direito líquido e certo dos impetrantes, na medida em que a decisão judicial impugnada é nula e carece de fundamentação idônea, sobretudo porque não houve a indicação dos indícios veementes da proveniência ilícita dos bens sequestrados.

A preliminar de não conhecimento suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça deve ser acolhida.

É entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência pátrios que:

“(...) em princípio, não cabe mandado de segurança contra decisão judicial, porque o modo de impugná-la já consta do próprio procedimento observado em juízo. É, pois, pelo recurso que se sana o erro ou o abuso cometido pela autoridade judiciária, no bojo dos processos.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei do Mandado de Segurança comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 158).

Visando, justamente, evitar a vulgarização do referido remédio constitucional, o Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento de que “*não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção*” (Súmula 267 do STF).

Seguindo essa orientação, conclui-se não ser cabível a utilização de mandado de segurança como forma de impugnar decisão judicial proferida em medida cautelar de natureza penal (sequestro de bens, intervenção judicial em pessoa jurídica, quebra de sigilo bancário etc.), ante a proibição de seu manejo como substituto recursal.

Com efeito, os instrumentos processuais adequados para o caso em epígrafe seriam os embargos (artigo 130 do CPP) ou a apelação (artigo 593, inciso II, do CPP), tendo em vista que a decisão que determinou o sequestro de bens nos autos da ação cautelar incidental possui natureza de definitiva (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Editora JusPodivm, 2013, p. 352-353).

Sobre o assunto, transcrevo didático precedente do e. STJ:

PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO INCIDENTE DE SEQUESTRO – INSTRUMENTO DE DEFESA – EMBARGOS – CONTUMÁCIA DO RECORRENTE – DECISÃO ACERCA DO SEQUESTRO – NATUREZA DEFINITIVA – AJUIZAMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVO DO MEIO DE IMPUGNAÇÃO CABÍVEL – PRAZO DA APELAÇÃO DECORRIDO IN ALBIS – DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE DO APELO – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CABIMENTO – INÉRCIA – TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO INCIDENTE DE SEQUESTRO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STF 267 – VEDAÇÃO LEGAL À UTILIZAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA (LEI Nº 12.016, ART. 5º, III) – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – EXAME DO ARCABOUÇO FÁTICO – DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O RITO DO MANDADO DE SEGURANÇA – CAPÍTULO DO MÉRITO DO SEQUESTRO – DECADÊNCIA DO MANDAMUS – RECURSO DESPROVIDO. 1. O sequestro é medida assecuratória cujo deferimento acarreta a indisponibilidade dos bens móveis ou imóveis adquiridos pelo agente como proveito da infração penal ou produto indireto (fructus sceleris). Em interpretação contrário sensu do art. 132 do CPP, no caso de imóveis, igualmente possível o sequestro do produto direto da infração (producta sceleris), porquanto incabível apreensão (CPP, art. 240, § 1º, b), somente aplicável ao produto direto de bens móveis. A finalidade precípua do sequestro é garantir a reparação do dano causado pelo delito e a perda do produto ou proveito auferido pelo agente com a prática do crime, evitando-se, pois, benefício decorrente da própria torpeza. 2. Como cedoço, o sequestro é apurado em processo incidente ao processo criminal principal, com objetos estanques. O investigado ou réu possui legitimidade para impugnar o sequestro, por meio de embargos, nos termos do art. 130, I, do CPP, que constitui instrumento processual defensivo dentro do procedimento incidental, corolário do contraditório. Considerando que os embargos não possuem natureza de recurso, mas de defesa, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a decisão acerca do sequestro de bens admite apelação. Precedentes. 3. O thema decidendum do processo incidente de sequestro é autônomo ao processo penal principal, pois tal decisão em nada influenciará na absolvição ou condenação do réu. Destarte, a decisão de sequestro será definitiva, porquanto encerra a relação processual, julgando-lhe o mérito, nos moldes do art. 593, II, do CPP, portanto, cabível apelação, pois ausente subsunção a uma das hipóteses de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581). 4. A apelação em tal hipótese não é dotada de efeito suspensivo, consoante art. 597 do CPP, o que, em tese, não obstaría a utilização do mandamus contra ilegalidade de decisão judicial, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009. Contudo, a despeito da literalidade legal, a Súmula nº 267 do STF, ainda aplicada, veda indistintamente a impetração de mandado de segurança contra ato judicial passível de impugnação recursal, que, in casu, é a apelação. (...) 6. Do fato narrado não se evidencia o direito líquido e certo do recorrente a não ter os bens sequestrados, uma vez que a apreciação do argumento de que o bem objeto da medida cautelar assecuratória foi adquirido com recursos lícitos demandaria dilação probatória, que se revela inviável na via mandamental, cuja prova deve ser pré-constituída. Ademais, a Lei nº 12.694/2012 alargou o espectro de incidência das medidas cautelares assecuratórias, ao inserir os §§ 1º e 2º do art. 91 do CP. Desse modo, o sequestro pode abranger, igualmente, bens ou valores de origem lícita, equivalentes ao produto ou proveito da infração, se estes não forem encontrados ou se localizarem no exterior. Por conseguinte, torna-se muito mais complexa a prova da impossibilidade do acautelamento do bem ou valor por sequestro, o que praticamente inviabiliza a utilização da via do mandado de segurança. 7. Quanto ao capítulo da legalidade do sequestro, observa-se a decadência do prazo para impetração do mandado de segurança. Do sequestro do veículo, datado de 12.11.2014, o então impetrante teve ciência, por citação, em 27.11.2014, todavia, impetrou o mandado de segurança apenas em 03.08.2015, portanto, bem posterior aos 120 dias (lei nº 12.016, art. 23). 8. O mandado de segurança substitutivo da apelação constitui via inadequada de impugnação da decisão de sequestro, motivo pelo qual não prosperam as pretensões recursais com fundamento de error in iudicando, quanto ao mérito da legalidade da medida assecuratória, e de error in

procedendo, atinente ao não conhecimento do mandamus pelo tribunal a quo. 9. Recurso desprovido. (STJ; RMS 49.540; Proc. 2015/0255618-7; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 22/09/2017)

A jurisprudência dos Tribunais nacionais é firme quanto à impossibilidade de se impetrar mandado de segurança nos casos em que há recurso próprio, previsto na legislação processual, apto a resguardar a pretensão. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA – SEQUESTRO DE BEM – DECISÃO QUE DESAFIA RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO – SÚMULA Nº 267/STF – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NÃO COMPROVAÇÃO – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER – ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE AUTOMÓVEL – LEGALIDADE E ADEQUAÇÃO – RECURSO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - Como é sabido, o mandado de segurança somente terá cabimento para a proteção de direito líquido e certo, compreendendo-se tal expressão, em sentido processual, como “direito comprovável documentalmente, sem necessidade de instrução dilatória.” (GRINOVER, Ada Pellegrini, 7ª ED. pág. 310). II - Nos termos da Lei nº 12.016/09, art. 5º, II, “Não se concederá mandado de segurança: [...] II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.”, III - Igualmente, segundo o Enunciado Nº 267, da Súmula do STF “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”. IV - O writ poderá ser impetrado contra ato jurisdicional, excepcionalmente, quando ficar configurada manifesta ilegalidade ou abuso de poder, com ofensa a direito líquido e certo. V - O Enunciado Nº 202 da Súmula desta Corte Superior somente terá lugar quando o terceiro não houver sido intimado da decisão que supostamente lhe prejudicou, inviabilizando-se a utilização do recurso cabível no prazo legal, o que não é o caso destes autos. VI - No caso, as instâncias ordinárias fundamentaram a medida na presença de indícios veementes da proveniência ilícita do bem, nos exatos termos do art. 126 do CPP. Modificar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias exigiria a apresentação de prova pré-constituída do suposto direito líquido e certo, o que não ocorreu na hipótese. VII - Para elidir a conclusão de que se fazem presentes indícios veementes da origem ilícita do bem seria necessário o amplo revolvimento probatório, o que se mostra inviável em sede de mandado de segurança. VIII - O art. 144 - A do CPP, permite a alienação antecipada de bens que correm risco de perecimento ou desvalorização, não havendo ilegalidade a se declarar na decisão que determina a medida para resguardar o interesse público na recomposição do dano. IX - Em se tratando de veículo automotor, é certa a possibilidade de deterioração em face das precárias condições em que poderá ficar mantido em depósito judicial. Evidente, ainda, a desvalorização de bem da espécie, em razão do simples decurso do tempo. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-RMS 54.185; Proc. 2017/0124209-0; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 03/04/2018; DJE 11/04/2018; Pág. 1212)

PENAL E PROCESSUAL PENAL – MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO CAUTELAR QUE DETERMINOU O SEQUESTRO DOS BENS – ARTIGOS 125 E 126, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 267 DO STF – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NA DECISÃO ATACADA – PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INEXISTÊNCIA – WRIT DENEGADO E AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. Mandado de segurança impetrado contra decisão em sede de medida cautelar de sequestro, na qual se determinou: (1) o sequestro e indisponibilidade de todos os bens móveis e imóveis; (2) bloqueio de todos os ativos financeiros; (3) penhoras de cotas societárias de empresas das quais os réus, ora impetrantes, participassem, sem limitação de valores. 2. É assente nessa Corte

Regional o entendimento de que o recurso cabível contra a decisão que decreta a medida cautelar de sequestro de bens é a apelação. Confira-se: “O Código de Processo Penal prevê a oposição de embargos de terceiro contra decisão que decreta o sequestro de bens e recurso próprio para o caso de indeferimento, qual seja, a apelação, nos termos dos arts. 129 e 593, inciso II, ambos do Código de Processo Penal” (TRF1. Numeração Única: MS 0041558-59.2015.4.01.0000/GO; Segunda Seção, Rel. Des. Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes, e-DJF1 de 22/04/2016). 3. As instâncias penal, civil e administrativa são independentes entre si, de maneira que a constrição patrimonial efetivada em sede de ação civil pública por ato de improbidade, não interfere no processo penal. A natureza, fundamentos e finalidade jurídica das sanções penais e civis são completamente distintas, o que significa, plenamente, a autonomia dos respectivos processos judiciais. 4. “As instâncias penal, civil e administrativa são independentes e autônomas, razão pela qual o reconhecimento de transgressão disciplinar e a aplicação da punição respectiva não dependem do julgamento no âmbito criminal, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos” (STJ, AgRg no RMS 43.647/RN, Segunda Turma, Herman Benjamin, DJe de 31/03/2015). 5. Descabe falar na existência de ilegalidade na decisão que indeferiu o pedido de liberação dos bens patrimoniais constritos, haja vista não se constatar violação a direito líquido e certo da parte impetrante, na medida em que o decisor, além de bem fundamentado, atendeu aos preceitos constitucionais e normativos, pelo que não se encontra eivado de ilegalidade ou teratologia a comportar o exame do presente inconformismo na via estreita do mandamus of writ. 6. Retratação da autoridade apontada como coatora que revogou partes da decisão atacada, desfazendo a ordem de bloqueio integral de contas bancárias e das aplicações financeiras, ressaltando, ainda, os valores depositados em contas bancárias relativos a salários, vencimentos e saldos de caderneta de poupança de até 40 (quarenta) salários mínimos, nos termos de iterativa jurisprudência deste TRF da 1ª Região. 7. Mandado de segurança denegado. Agravo regimental prejudicado. (TRF 1ª R.; MS 0067150-71.2016.4.01.0000; Segunda Seção; Rel. Des. Fed. Ney Bello; DJF1 23/01/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA – APURAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTES NOS AUTOS DA AÇÃO PENAL – MEDIDA ASSECURATÓRIA CRIMINAL – SEQUESTRO E APREENSÃO DE BEM MÓVEL – SUPOSTA RELAÇÃO COM O DELITO – UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO PRÓPRIO – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – SEGURANÇA DENEGADA. 01. O mandado de segurança não é sucedâneo de recurso previsto na legislação processual, em processo regular; mormente se constatada a ausência de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder que autorize a excepcional impetração do mandamus (Súmula nº 267 do STF). 02. O bem apreendido em processo-crime está a ele vinculado e, antes de transitar em julgado a sentença final, não poderá ser restituído enquanto interessar ao processo (art. 118 do CPP). Assim, inviável apurar na via estreita do mandado de segurança se o bem possui ou não utilidade para o desfecho do processo. 03. A análise da decisão judicial que decretou o sequestro de bem móvel pertencente ao impetrante desafia recurso próprio, qual seja, o de Apelação, nos termos do que dispõe o art. 593, II, do CPP. (TJMG; MS 1.0000.18.002882-1/000; Rel. Des. Fortuna Grion; Julg. 24/04/2018; DJEMG 04/05/2018)

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO – EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO – MANDAMUS COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – NÃO CONHECIDO. Contra a decisão judicial que indefere o pedido de restituição de bens é cabível o recurso de apelação, nos termos do art. 593, II, do Código de Processo Penal, não se prestando o Mandado de Segurança como medida substitutiva ao remédio próprio. Incidência da Súmula 267 do STJ. Com o parecer, mandamus não conhecido. (TJMS; MS nº 1401310-22.2018.8.12.0000 – Três Lagoas; Rel. Sr. Juiz Convocado Emerson Cafure, 1ª Seção Criminal, Julgado em 16.05.2018)

Neste ponto, imperioso registrar que o denunciado Ailton Corrêa de Souza fez uso adequado do recurso de apelação contra a referida decisão, o qual já foi apreciado e improvido por esta e. Corte de Justiça.

Deve ser consignado, ainda, que a decisão impugnada não contém ilegalidade ou abuso de poder, pois restou devidamente fundamentada e encontra-se em consonância com a jurisprudência do e. STJ, conforme, aliás, decidiu este Tribunal no julgamento do recurso de Apelação interposto pelo corréu Ailton Corrêa de Souza, nos autos da Ação Cautelar Incidental de Sequestro de Bens nº 0008443-34.2017.8.12.0001, *in verbis*:

“EMENTA – DA PRELIMINAR – APELAÇÃO CRIMINAL – SEQUESTRO DE BENS – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO – INOCORRÊNCIA – DECISÃO QUE EXPÕE AS RAZÕES DE DECIDIR – PRELIMINAR REJEITADA.

Não há falar em ausência de fundamentação na decisão que decreta o sequestro de bens se o decisor expressamente expôs as razões de decidir.

EMENTA DIVERGENTE – APELAÇÃO CRIMINAL – SEQUESTRO DE BENS – ALEGADA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS BENS ILICITAMENTE ADQUIRIDOS A SEREM CONSTRITOS – DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DE BENS – BASTA A INDICAÇÃO DE BENS DE TITULARIDADE DO APELANTE EM VALOR SUFICIENTE PARA ALCANÇAR O OBJETIVO DA MEDIDA ACAUTELATÓRIA – MEDIDAS ASSECURATÓRIAS QUE PODEM ALCANÇAR BENS, DIREITOS OU VALORES CONFORME SUA ORIGEM OU USO PARA FINS ILÍCITOS, OU CONFORME SUA DESTINAÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – APELAÇÃO IMPROVIDA – COM O PARECER.

A constrição judicial pode alcançar bens, direitos ou valores que sejam instrumento, produto ou proveito de crimes, assim como aqueles que, mesmo de origem lícita, sejam necessários à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Mesmo que os imóveis constritos tenham por hipótese sido adquiridos de forma lícita, isso não obsta a sua constrição, dado o fundamento do artigo 125 do CPP e, também, do artigo 91, § 2º, do CP, que permite a constrição de bens equivalentes ao produto do crime, com vistas a garantir o ressarcimento pelo dano causado ao erário.

Não se confunde o efeito da sentença penal condenatória de ressarcir os danos causados, com a medida assecuratória de sequestro de bens, eis que esta é uma medida cautelar garantidora da adimplência daquela, sendo certo que, para garantir o restabelecimento do status quo ante do lesado pode ocorrer constrição que até mesmo extrapole os bens adquiridos com o produto do crime, avançando contra o patrimônio de origem lícita dos acusados.” (TJMS; Apelação nº 0008443-34.2017.8.12.0001 – Campo Grande; Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 24.10.2017)

Assim, tendo em vista tratar-se de mandado de segurança manejado em substituição aos meios impugnativos próprios, e diante da ausência de teratologia ou ilegalidade na decisão impugnada, acolho a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça, para não conhecer *mandamus*, com fulcro no artigo 10 da Lei nº 12.016/2009 e na Súmula 267 do STF.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar e não conheceram do mandado de segurança.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relatora, a Exma. Sr^a. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 14 de novembro de 2018.

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0013871-60.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Emerson Cafure

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – REMIÇÃO DE PENA – ART. 126 DA LEP – ESTÁGIO ACADÊMICO SUPERVISIONADO – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA *IN BONAM PARTEM* – FINALIDADE DA EXECUÇÃO ATENDIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em se tratando de remição da pena, conquanto o art. 126 da LEP faça referência apenas ao estudo e ao trabalho, admite-se interpretação extensiva *in bonam partem* com o fim de se alcançar outras atividades edificantes. Jurisprudência consolidada no c. STJ.

O estágio acadêmico supervisionado, além da preparação para o trabalho produtivo do reeducando, estimulando-o a obter o seu próprio sustento, de forma lícita, após o cumprimento da pena, afasta-o do ócio e da prática de novos delitos, propiciando a sua harmônica integração social (art. 1º da LEP).

A proporção a ser aplicada é a mesma do estudo (art. 126, § 1º, inc. I, da LEP), dado o evidente caráter educativo da referida atividade, sendo, portanto, de um 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência ao estágio acadêmico supervisionado, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.

Agravo em execução parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

Des. Emerson Cafure. (Relator)

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Fernando Meira contra a decisão (f. 123) proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande/MS, que, nos autos nº 0039342-88.2012.8.12.0001, indeferiu o seu pedido de remição por tempo de estágio ao entendimento de que inexistia previsão legal.

Em suas razões (f. 1-12), sustenta, em breve síntese, que, ao contrário do entendimento do juízo *a quo*, a pretensão está respaldada na Constituição Federal, a qual tem como princípio a construção de uma sociedade fraterna, buscando-se a erradicação da marginalização.

Cita também como fundamento a Recomendação nº 44 do CNJ, de 22/11/2013, a qual aconselha, para fins de remição, a valoração de circunstâncias capazes de ampliar as possibilidades de educação.

Ressalta que, por analogia *in bonam partem*, é possível a remição por leitura, logo deve ser admitida a remição por estágio, notadamente no presente caso em que a atividade é exercida em órgão público, com controle qualitativo e quantitativo.

Requer, assim, o provimento do recurso e a reforma da decisão agravada, a fim de que seja concedida a remição por tempo de estágio.

O Ministério Público Estadual apresenta contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 129-134).

Em sede de juízo de retratação, o juízo *a quo* manteve a decisão (f. 135).

Em parecer, a Procuradoria de Justiça opina pelo desprovimento do recurso (f. 143-146).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure

Consoante relatado, trata-se de agravo em execução penal interposto por Fernando Meira contra a decisão (f. 123) proferida pelo juízo da 2ª Vara de Execução Penal da comarca de Campo Grande/MS, que, nos Autos nº 0039342-88.2012.8.12.0001, indeferiu o seu pedido de remição por tempo de estágio ao entendimento de que inexistia previsão legal.

Em suas razões (f. 1-12), sustenta, em breve síntese, que a pretensão está respaldada na Constituição Federal, a qual tem como princípio a construção de uma sociedade fraterna, buscando-se a erradicação da marginalização.

Cita também como fundamento a Recomendação nº 44, de 26/11/2013, do CNJ, a qual aconselha, para fins de remição, a valoração de circunstâncias capazes de ampliar as possibilidades de educação.

Ressalta que, por analogia *in bonam partem*, é possível a remição por leitura, logo deve ser admitida a remição por estágio, notadamente no presente caso em que a atividade é exercida em órgão público, com controle de qualitativo e quantitativo.

Passo ao mérito.

Mérito

A remição está regulada no art. 126 do LEP, que dispõe, *in verbis*: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.

Cuida-se, assim, do direito que possui o condenado ou a pessoa presa cautelarmente de reduzir o tempo de cumprimento da pena como forma de, a um só tempo, agraciar a ocupação em atividade produtiva, com afastamento do ócio e da prática de novos delitos, e, em consequência, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP).

Conquanto o referido dispositivo faça menção apenas ao estudo e ao trabalho, a jurisprudência evoluiu para entender que não se trata de um rol taxativo, sendo possível uma interpretação extensiva *in bonam partem* com o fim de se alcançar outras atividades edificantes, beneficiando-se tanto o preso quanto a sociedade.

Aliás, foi com olhos postos nesse entendimento que o CNJ acabou editando a Recomendação nº 44, de 26/11/2013, tratando das atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelecendo critérios para a admissão pela leitura.

Atualmente, admite-se a remição de pena pelo exercício de atividades diversas, tais como a leitura, a participação em coral e artesanato no presídio, a aprovação em exame do ENEM (mesmo em se tratando de reeducando portador de diploma de ensino superior), dentre outros.

A título exemplificativo, citam-se os seguintes julgados de ambas as turmas criminais do c. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO DA PENA PELA APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM).

REEDUCANDO PORTADOR DE DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR EM MOMENTO ANTERIOR AO INÍCIO DO RESGATE DA REPRIMENDA – POSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN BONAM PARTEM DO ART. 126 DA LEP E DA RECOMENDAÇÃO Nº 44 DO CNJ – INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 126 da Lei de Execução Penal determina que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento e tem admitido a possibilidade de abreviação da reprimenda em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, como resultado de uma interpretação analógica in bonam partem da norma inserta no art. 126 da LEP. De outro lado, a Recomendação nº 44/2013 do CNJ indica aos Tribunais a possibilidade de remição por aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

Verifica-se, portanto, que o objetivo deste conjunto de regras acerca da remição da pena por aproveitamento dos estudos é o de incentivar os apenados aos estudos, bem como sua readaptação ao convívio social.

3. In casu, há razões suficientes para a excepcional concessão da remição ao apenado, pois, a aprovação do paciente no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação nº 44/2013 do CNJ.

4. O fato de o paciente já ter nível superior concluído antes do início da execução da pena, apenas o impede de receber o acréscimo de 1/3 (um terço) no tempo a remir em função das horas de estudo, conforme a inteligência do art. 126, § 5º, da Lei de Execução Penal.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1673847/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018, grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO – ATIVIDADE REALIZADA EM CORAL – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN BONAM PARTEM DO ART. 126 DA LEP – PRECEDENTES – REDAÇÃO ABERTA – FINALIDADE DA EXECUÇÃO ATENDIDA – INCENTIVO AO APRIMORAMENTO CULTURAL E PROFISSIONAL – AFASTAMENTO DO ÓCIO E DA PRÁTICA DE NOVOS DELITOS – PROPORCIONAR CONDIÇÕES PARA A HARMÔNICA REINTEGRAÇÃO SOCIAL – FORMAÇÃO PROFISSIONAL – PROVIMENTO.

1. Em se tratando de remição da pena, é, sim, possível proceder à interpretação extensiva em prol do preso e da sociedade, uma vez que o aprimoramento dele contribui decisivamente para os destinos da execução (HC nº 312.486/SP, DJe 22/6/2015).

2. A intenção do legislador ao permitir a remição pelo trabalho ou pelo estudo é incentivar o aprimoramento do reeducando, afastando-o, assim, do ócio e da prática de novos delitos, e, por outro lado, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP). Ao fomentar o estudo e o trabalho, pretende-se a inserção do reeducando ao mercado de trabalho, a fim de que ele obtenha o seu próprio sustento, de forma lícita, após o cumprimento de sua pena.

3. O meio musical, além do aprimoramento cultural proporcionado ao apenado, promove sua formação profissional nos âmbitos cultural e artístico. A atividade musical realizada pelo reeducando profissionaliza, qualifica e capacita o réu, afastando-o do crime e reintegrando-o na sociedade.

4. Recurso especial provido para reconhecer o direito do recorrente à remição de suas penas pela atividade realizada no Coral Decreto de Vida, determinando ao Juízo competente que proceda a novo cálculo da reprimenda, computando, desta feita, os dias remidos como pena efetivamente cumprida. (REsp 1666637/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017, grifo nosso).

Nessa toada, entendo que o estágio acadêmico supervisionado proporciona ao reeducando a preparação para o trabalho produtivo e o estimula a obter o seu próprio sustento, de forma lícita, após o cumprimento da pena.

Rodrigo Duque Estrada Roig, ao comentar sobre o trabalho, dispôs sobre os seguintes argumentos, os quais, a meu sentir, aplicam-se perfeitamente ao estágio acadêmico supervisionado:

Considerando também que a LEP não exige que o trabalho realizado seja contínuo, duradouro ou organizado, deve ser admitida a remição mesmo pela prestação de trabalho esporádico ou ocasional, ainda que voluntário e não remunerado. Basta que haja o registro, em planilha, dos dias trabalhados. De fato, a lei não faz restrições quanto à forma, natureza ou a duração da prestação laborativa, não podendo o intérprete limitá-la em desfavor do indivíduo. Lembremos uma vez mais que são assegurados ao condenado todos os direitos não atingidos pela lei (art. 3º da LEP) (Execução Penal: Teoria Crítica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 366, grifo nosso).

Portanto, de fato, inexistente o óbice referido pelo juízo *a quo* na decisão recorrida, sendo, em tese, possível a remição de pena do agravante pelo estágio acadêmico supervisionado.

De se consignar que a proporção a ser aplicada é a mesma do estudo, dado o evidente caráter educativo da referida atividade (art. 126, § 1º, inc. I, da LEP), sendo, assim, de um 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência ao estágio acadêmico supervisionado, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.

Conclusão

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao agravo em execução a fim de reformar a decisão recorrida e autorizar a remição de pena do agravante na proporção de um 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência ao estágio acadêmico supervisionado, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias, ficando a cargo do juízo *a quo* a análise dos demais requisitos da benesse.

Caso prevaleça este voto, oficie-se imediatamente ao Juízo da Execução para os devidos fins.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

1ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000735-80.2015.8.12.0007/50000 -
Cassilândia
Relator designado Des. Emerson Cafure

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – QUALIFICADORA AFASTADA – CONDUTA DESCLASSIFICADA PARA A FORMA SIMPLES – PENA-BASE – ART. 59 DO CÓDIGO PENAL – PERSONALIDADE – MODULADORA DESFAVORÁVEL – MAIS DE DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS – SÚMULA 444 DO STJ – MULTIRREINCIDÊNCIA CONFIGURADA – REGIME PRISIONAL – RECLUSÃO INFERIOR A QUATRO ANOS – REINCIDÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – SÚMULA 269 DO STJ – INAPLICABILIDADE – ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CP – REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO) INFRINGENTES PARCIALMENTE PROVIDOS.

Somente se admite a substituição do laudo pericial nos casos em que o delito não deixe vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. No caso dos autos, verifica-se que o laudo pericial não foi realizado por desídia, de forma que as demais provas não podem ser utilizadas devido à ausência de justificativa para a não realização de perícia.

A circunstância judicial da personalidade pode e deve ser analisada à luz de elementos de prova contidos nos autos, não se exigindo elaboração de laudo técnico, pena de ignorar-se o princípio da persuasão racional, que vigora em nosso sistema jurídico. Os antecedentes penais permitem formação de juízo negativo acerca da circunstância judicial da personalidade quando o agente registra mais de duas condenações definitivas, pois além de não empregar ações penais em curso para agravar a pena-base diante da vedação constante da Súmula 444 do STJ, e tampouco caracterizar o *bis in idem*, tal fato demonstra que o crime agora praticado não foi episódio isolado, mas sim a reiteração sistemática de uma conduta criminoso, a continuidade de uma senda delituosa, elementos mais do que suficientes para indicar seguramente a desonestidade, a má índole, a ambição e o enorme desrespeito à ordem legalmente instituída, características próprias para indicar o caráter, a forma de pensar e agir, a índole e o temperamento do agente.

Pela inteligência dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a caracterização da reincidência, somada à existência de circunstância judicial desfavorável, obriga à fixação de regime prisional mais gravoso, ainda que a pena imposta seja inferior a quatro anos de reclusão. A Súmula 269 do STJ permite a fixação de regime menos gravoso ao reincidente apenas quando todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis.

Com o parecer, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, em parte com o parecer, dar parcial provimento

aos embargos infringentes, nos termos do voto do 1º vogal (Des. Emerson), vencidos o relator e o revisor (Des. José Ale).

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Emerson Cafure – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de embargos infringentes opostos por Belchior Barbosa Silva, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (f. 394-404) que, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto, pelo qual pretendia, além do pleito absolutório, a exclusão da qualificadora do rompimento de obstáculo e a redução da pena-base.

Nas razões de f. 01-17 (ou, f. 412-428), pretende o embargante que prevaleça o voto minoritário (voto do relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence) que, provendo parcialmente o recurso, afastou a qualificadora do rompimento de obstáculo, reduziu a pena-base e, de ofício, alterou o regime prisional para o aberto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 434-438, opina pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Belchior Barbosa Silva, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (f. 394-404) que, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto, pelo qual pretendia, além do pleito absolutório, a exclusão da qualificadora do rompimento de obstáculo e a redução da pena-base.

Nas razões de f. 01-17 (ou, f. 412-428), pretende o embargante que prevaleça o voto minoritário (voto do relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence) que, provendo parcialmente o recurso, afastou a qualificadora do rompimento de obstáculo, reduziu a pena-base e, de ofício, alterou o regime prisional para o aberto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 434-438, opina pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da qualificadora.

Segundo consta do acórdão ora recorrido, o relator afastou a qualificadora do rompimento de obstáculo, previsto no art. 155, § 4º, I, do CP, sob o argumento de ser imprescindível a realização de perícia para sua configuração (f. 399-400), ao passo que, pela maioria, foi mantida referida qualificadora por ser possível a sua comprovação por outros meios de provas (f. 403-404).

Nesse contexto, acompanho a decisão proferida pela maioria, para manter referida qualificadora, conforme os fundamentos que passo a expor.

De fato, não foi produzido prova pericial, restando a qualificadora comprovada por outros meios de provas.

Sem descurar da corrente jurisprudencial que entende de forma distinta, tenho que em situações como a dos autos, em que estão presentes diversos outros elementos de prova a demonstrar a ocorrência da referida circunstância, a perícia é desnecessária.

Como provas cabais do fato tem-se nos autos as declarações da testemunha Omar Izidoro da Silva Filho, prestadas tanto na fase inquisitorial (f. 13-14), quanto em juízo (f. 212), que disse ter sinais de arrombamento na janela da frente do imóvel e no seu interior, bem assim da testemunha Edilio Rodrigues de Oliveira que afirmou ter visto o vidro da janela da frente quebrada (f. 106). Não bastasse, há ainda outra testemunha que afirmou tal arrombamento (f. 15), bem assim os documentos e fotografias de f. 61-64.

Nesse cenário, a perícia é desnecessária por várias razões.

Em matéria de apreciação da prova prevalece em nosso direito o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, aplicável a todos os ritos processuais, exceto no do júri, e que vem consagrado no artigo 155 do Código de Processo Penal, no qual as provas não são valoradas previamente nem há hierarquia entre elas; o juiz é livre para valorar as provas de acordo com o seu livre convencimento, desde que o faça de forma amplamente fundamentada (Constituição Federal, artigo 93, IX), podendo acolher uma em detrimento de outra conforme recomendar o caso concreto.

Assim, não lhe pode ser imposto que reconheça a presença de tal qualificadora apenas com base em prova pericial, até porque, segundo o artigo 182 do Código de Processo Penal, o juiz não fica vinculado à conclusão da prova pericial, pois se assim fosse, ocorreria verdadeira substituição, pois seria o experto quem, em última análise, daria a palavra final sobre a questão em debate.

Frente aos elementos existentes nos autos, exigir perícia é abraçar o antigo e sepultado sistema de provas tarifadas no Processo Penal, aquele pelo qual a lei estabelece qual deve ser a prova a ser produzida, que se contrapunha ao vigente. É apegar-se excessivamente ao formalismo, desconsiderando outros meios de prova de igual valor quando, hodiernamente, busca-se novas formas de interpretar dispositivos legais vetustos, cuja observância indiscriminada tem levado ao extenso quadro de impunidade que se verifica no país.

Nos termos do artigo 167 do Código de Processo Penal, “*Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*”. Ou seja, a própria Lei possibilita a substituição da perícia pela prova testemunhal. Nesse sentido:

“EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – ESCALADA – MANUTENÇÃO – PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL DIANTE DAS PROVAS COLIGIDAS – REGIME PRISIONAL MANTIDO – MULTIRREINCIDENTE – MODULADORAS BEM SOPEADAS – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Emergindo inegável, dos elementos de convicção reunidos nos autos, o arrombamento e a escalada concretizado pelo autor do furto na oportunidade, visando à subtração, não há falar em imprescindibilidade de laudo pericial para fins de incidência das correspondentes qualificadoras, máxime considerando que a regra da indispensabilidade da perícia não é absoluta, pois tal providência pode ser suprida por outros meios de prova, justamente porque visa o processo penal a elucidação da verdade real, e, ao fazê-lo, deve o juiz, evidentemente, limitar-se às provas contidas no caderno processual, mas não fica sujeito a nenhum critério apriorístico no apurar. Verificando-se que as fotografias e depoimentos coletados trazendo a lume confirmação segura e indubitável acerca do rompimento de obstáculo e à escalada questionados, a situação desponha tão clara que dispensa capacitação técnica ou conhecimentos específicos à sua constatação. (...)”. (TJMS; EI-Nul 0001476-81.2015.8.12.0020; Seção Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 19/04/2017; Pág. 26).

“PENAL E PROCESSO PENAL – FURTO QUALIFICADO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS – CONDENAÇÃO – DOSIMETRIA – ARROMBAMENTO – PERÍCIA – DESNECESSIDADE – REPOUSO NOTURNO – CRITÉRIO OBJETIVO. Demonstradas, de forma robusta, a materialidade e a autoria do delito imputado ao réu, a condenação é medida que se impõe. Os depoimentos dos policiais revestem-se de valor probatório suficiente e forte para dar respaldo ao édito condenatório, sobretudo quando proferidos de forma clara e uníssona, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Conforme firme entendimento desta Corte de Justiça, para a comprovação da qualificadora de rompimento de obstáculo, a perícia não é imprescindível quando é possível comprovar o arrombamento por outros meios de prova. A majorante do repouso noturno deve ser verificada por critério objetivo, qual seja, o cometimento do furto durante o período de descanso, quando há a diminuição natural da vigilância do ofendido e a exposição do seu patrimônio à atuação de criminosos”. (TJDF; APR 2015.09.1.008465-4; Ac. 955.427; Primeira Turma Criminal; Rel. Desig. Des. Esdras Neves; Julg. 14/07/2016; DJDFTE 03/08/2016).

Portanto, tal como esposado pelo revisor (voto vencedor), mantenho a qualificadora.

Pena-base.

No que toca à pena-base, o voto minoritário considerou incorreta a valoração negativa atribuída à circunstância da personalidade, decotando o acréscimo dela decorrente, por entender que o agente *“deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor)”* (f. 400).

A meu ver, a moduladora da personalidade pode e deve ser analisada à luz de vários elementos de prova contidos nos autos, e não apenas com base em laudos técnicos ou estudos aprofundados, pena de ignorar-se, por completo, o princípio da persuasão racional acerca dos elementos de prova, que vigora em nosso sistema. E sem dúvida, os registros de vida pregressa constituem elementos concretos, capazes de demonstrar o tipo de personalidade de que o agente é dotado, já que deles é possível extrair aqueles atributos que o STJ entende como passíveis de aferição da personalidade negativa *“... a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito....”* (STJ – HC 89321/MS – rel^a. Min. Laurita Vaz – Dje 06/04/2009).

Ocorre que, para tanto, deve-se empregar somente registros que ainda não tenham sido utilizados para embasar juízo negativo de outras moduladoras, como a dos antecedentes e também da agravante genérica da reincidência. Atente-se:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT – CRIME DE FURTO QUALIFICADO – DOSIMETRIA – PENA-BASE – CULPABILIDADE – ESPECIAL REPROVABILIDADE EVIDENCIADA – MOTIVAÇÃO VÁLIDA – MAUS ANTECEDENTES – EXASPERAÇÃO DEVIDA APENAS DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA – SÚMULA Nº 444/STJ – PERSONALIDADE – FUNDAMENTO INIDÔNEO – CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. (...). 3. Apenas condenações definitivas se prestam a fundamentar validamente o aumento da pena-base como maus antecedentes. Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamento válido para aumentar a pena-base. Inteligência da Súmula nº 444/STJ. 4. Ilegítima a valoração negativa da personalidade sem a indicação de nenhuma condenação diversa das já utilizadas para fins de maus antecedentes e reincidência ou com base em meras conjecturas. 5. (...)”. (STJ; HC 101.744; Proc. 2008/0052683-0; DF; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; DJE 29/05/2015).

“APELAÇÃO-CRIME – FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. (...) Personalidade: nada obsta que o magistrado considere as pretéritas incursões do réu no mundo do crime para avaliar a sua personalidade e conclua pelo seu desajuste social. Multa: o reexame das circunstâncias judiciais, com o afastamento da valoração negativa de algumas moduladoras, implica na readequação da pena pecuniária. (...)” (TJRS; ACr 604314-47.2011.8.21.7000; São Leopoldo; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Danúbio Edon Franco; Julg. 12/09/2012; DJERS 11/10/2012).

Como se vê pelos julgados acima transcritos, somente se pode empregar decisão condenatória que já tenha transitado em julgado, e isto porque a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que *“é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”*.

Assim, para o STJ, uma condenação definitiva implica em reincidência e, havendo uma segunda, concomitantemente, no reconhecimento de maus antecedentes.

Seguindo esse raciocínio, impossível não entender pela possibilidade de firmar juízo negativo acerca da personalidade do agente também com base nos registros de sua vida pregressa, mas apenas quando o mesmo registrar mais de duas condenações definitivas, pois aí sim é inegável que o crime agora praticado não foi episódio isolado em sua vida, mas sim a reiteração sistemática de uma conduta criminosa, a continuidade de uma senda delituosa, elementos mais do que suficientes para indicar seguramente a desonestidade, a má índole, a ambição e o enorme desrespeito à ordem legalmente instituída, características próprias da pessoa. Confira-se:

“PENAL E PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO IMPRÓPRIO CIRCUNSTANCIADO – CONCURSO DE AGENTES – (...) DOSIMETRIA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – PERSONALIDADE – VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE – MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – BIS IN IDEM – INOCORRÊNCIA. (...) 7. Desnecessária a existência de laudo ou exame realizado por profissional habilitado para se valorar negativamente a personalidade dos acusados, quando resta evidente, pela extensa folha de antecedentes, que eles demonstram persistência na prática de ilícitos contra o patrimônio. 8. (...)” (TJDF; Rec 2014.03.1.001748-7; Ac. 858.019; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa; DJDFTE 31/03/2015; Pág. 124). (Grifei).

“APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – DOSIMETRIA – MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DOS MAUS ANTECEDENTES EM DECORRÊNCIA DE REGISTROS NA FAP – (...) II. É legítima a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da correta valoração negativa da personalidade e dos maus antecedentes, tendo o réu diversos registros em sua FAP. O quantum a ser fixado é exercício da discricionariedade do juízo sentenciante, devendo respeitar certo grau de proporcionalidade, observado no caso em questão. III. Havendo três anotações distintas na folha de antecedentes do Réu, duas delas podem ser utilizadas, na primeira fase, para aumentar a pena-base como circunstâncias judiciais da personalidade e dos antecedentes e a outra, na segunda fase, para agravá-la pela reincidência, não havendo que se falar em bis in idem. (...)” (TJDF; Rec 2014.03.1.021059-5; Ac. 853.506; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. José Guilherme; DJDFTE 12/03/2015; Pág. 265). (Destaquei).

O mais recente posicionamento do STJ, como se vê pelo exemplo abaixo, é firme no sentido de que a multirreincidência implica em juízo negativo da personalidade. Atente-se:

“PENAL – HABEAS CORPUS – ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E FALSA IDENTIDADE – DOSIMETRIA – TRÊS CONDENAÇÕES

ANTERIORES UTILIZADAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES E, NA SEGUNDA FASE, COMO REINCIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM – IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO TOTAL DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Não há ilegalidade na hipótese dos autos, pois esta Corte firmou entendimento no sentido que, no caso múltiplas condenações com trânsito em julgado, autoriza-se a valoração negativa da personalidade e da conduta social na exasperação da pena. 2. Na hipótese, houve o aumento da pena na fração de 1/8, por ter sido a agravante de reincidência considerada preponderante, por trata-se de reincidente de múltiplas condenações. 2. Ordem de Habeas Corpus denegada”. (STJ; HC 385.735; Proc. 2017/0009829-0; SC; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 05/05/2017). (Destaquei).

Conforme se observa pelos registros de antecedentes penais constantes de f. 225-242, o embargante é multirreincidente, pois registra 03 (três) condenações definitivas. É certo que uma delas, cujo fato ocorreu anteriormente ao crime aqui em análise, transitou em julgado em data posterior, mas nada que impeça seja considerada para fins de maus antecedentes, conforme tem decidido o STJ:

“PENAL E PROCESSUAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PRESENÇA DE QUALIFICADORAS – UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DE OUTRAS DUAS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA – POSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO DELITO EM EXAME – VIABILIDADE. 1. (...). 6. Não se vislumbra ofensa à Súmula nº 444 desta corte de justiça, visto que a condenação definitiva por fato anterior ao imputado na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, não serve à configuração da reincidência, mas se presta a fundamentar validamente o aumento da pena-base, a título de maus antecedentes. 7. Habeas corpus não conhecido”. (STJ; HC 290.261; Proc. 2014/0052359-1; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Gurgel de Faria; DJE 17/02/2016).

Portanto, mantenho desfavorável a moduladora da personalidade.

Do regime prisional.

Por fim, no que diz respeito ao regime prisional, a sentença fixou o semiaberto e o voto minoritário alterou para o aberto, pretensão almejada pelo embargante.

Colhe-se dos autos que o apelante é reincidente, com duas circunstâncias negativas, e foi condenado à pena privativa de liberdade inferior a 04 (quatro) anos de reclusão.

Com efeito, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se levar em consideração o disposto pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por força do disposto pela letra “c” do § 2º, o reincidente, apenado a quatro anos ou menos, deve iniciar o cumprimento da sanção corporal no regime semiaberto.

Quando se trata de imposição de sanção mais elevada, e de regime prisional mais gravoso, a Súmula 269 do STJ possibilita imposição do regime semiaberto em detrimento do fechado ao reincidente, mas quando todas as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, forem favoráveis. Confira-se:

“Súmula 269 - É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, Forense, 14ª edição, p. 347),

“(...) Essa posição harmoniza-se com o entendimento de que penas curtas, quando cumpridas em regime fechado, somente deterioram ainda mais o caráter e a personalidade do sentenciado, produzindo mais efeitos negativos que positivos. Por isso, o entendimento do STJ permite que o magistrado, no caso concreto, emita juízo de valor acerca das condições pessoais do réu, valendo-se das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, para inseri-lo, a despeito de reincidente, no regime semiaberto, mais condizente com penas não superiores a quatro anos.”

Como se vê, não é o caso destes autos, onde o regime inicial eleito já foi o semiaberto. Nesta hipótese, confira-se o posicionamento do STJ, sem grifo na origem:

“PENAL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – REINCIDÊNCIA – REGIME PRISIONAL. O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento em regime semiaberto. Artigos 33 e 59 do Código Penal. (Precedentes) Embargos rejeitados.” (EREsp 182680/SP, Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 22/11/2000).

E no HC 122756-DF, também relatado pelo Min. Felix Fischer, julgado em 27.04.2009, por votação unânime, a 5ª Turma do STJ assentou que:

“(...) nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal, não há que se falar em início de cumprimento da reprimenda no regime aberto quando o paciente é reincidente (Precedentes).”

De tal maneira, presente a reincidência, impossível estabelecer o regime inicial aberto, mesmo que a pena seja inferior a quatro anos e favoráveis as circunstâncias judiciais, ficando rejeitada a pretensão. Ademais, na hipótese vertente, o embargante ostenta duas circunstâncias judiciais negativas (antecedentes e personalidade).

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Emerson Cafure. (1º vogal)

Com a devida vênia, divirjo em parte do e. Relator, para desclassificar o delito de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, para furto simples, na forma do *caput*, do art. 155 do Código Penal, ante a inexistência de laudo pericial por desídia, de forma que as demais provas não podem ser utilizadas devido a ausência de justificativa para a não realização de perícia.

Entendo que, no que tange à desclassificação da qualificadora do rompimento de obstáculo, assiste razão o voto vencido do i. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, onde ao justificar seu voto, sustentou:

“(...)”

Por outro lado, a qualificadora do rompimento de obstáculo deve ser afastada, pois respectiva caracterização exige realização de perícia (CPP, artigo 171), a qual, no presente caso, injustificadamente não foi produzida.

Referido entendimento alinha-se à jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, sendo oportuno destacar que a Quinta Turma daquela Corte, em sede de habeas corpus, reformou acórdão não unânime da Seção Criminal deste Tribunal de Justiça, no qual fiquei vencido (EI nº 0000515-15.2007.8.12.0023/50000 - minha relatoria originária relator p/ acórdão: Des. João Carlos Brandes Garcia), para afastar a tal qualificadora assentando ser manifestamente ilegal o respectivo reconhecimento “tão somente com base nas declarações das vítimas, na confissão da paciente e das imagens fotográficas colacionadas ao feito, quando o arrombamento deixa vestígios”.

A ementa do julgado foi assim lavrada:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – DESCABIMENTO – FURTOS QUALIFICADOS (TRÊS) E TENTADO (UM) EM CONTINUIDADE DELITIVA – PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ELEVADA REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DA PACIENTE – INADMISSIBILIDADE – QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL – CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO – IMPRESCINDIBILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) - É manifestamente ilegal o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo no furto, tão somente, pelas declarações das vítimas, confissão da ré e imagens fotográficas colacionada aos autos, quando o arrombamento deixa vestígios, sendo imprescindível para sua incidência, a confecção de laudo pericial (art. 158 e art. 167 do CPP). Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta à paciente para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão em decorrência da exclusão da qualificadora do rompimento de obstáculo.” (HC 257.765/MS, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013)

Esse entendimento foi reafirmado pela Sexta Turma do STJ, conforme se infere da seguinte ementa:

“PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – FURTO QUALIFICADO – DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA – CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO – PERÍCIA – IMPRESCINDIBILIDADE – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. 1. A qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo só pode ser aplicada ao crime de furto mediante realização de exame pericial, tendo em vista que, por ser infração que deixa vestígio, é imprescindível a realização de exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal. Precedentes. 2. A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo, o que não foi demonstrado no presente caso. 3. Ressalte-se que é manifestamente ilegal o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo no furto, tão somente, pelas declarações das vítimas, confissão da ré e imagens fotográficas colacionada aos autos, quando o arrombamento deixa vestígios, sendo imprescindível para sua incidência, a confecção de laudo pericial (art. 158 e art. 167 do CPP) - HC n. 257.765/MS, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 28/6/2013. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1501462/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 09/04/2015)

No mesmo sentido: HC 420.597/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017; (HC 415.848/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 21/11/2017. Assim, deve ser afastada a referida qualificadora. (...).”

Passando ao exame da dosimetria da pena:

1ª fase - A pena-base, considerando os maus antecedentes e a personalidade negativa, fica em 1 ano e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, o que considero necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

2ª fase - Em razão da agravante da reincidência, aplicada em 1/6, a pena intermediária passa para 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa.

3ª fase - Não há causas de aumento e diminuição de pena, motivo pelo qual a pena fica definitiva em 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa.

O regime é o semiaberto, haja vista a existência de circunstância judicial desabonadora, além da reincidência, tal como autoriza o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Pela mesma razão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a suspensão condicional do processo.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, em parte com o parecer, divirjo respeitosamente do i. Relator e dou parcial provimento aos infringentes para desclassificar a conduta para o crime de furto simples, na forma do *caput* do art. 155 do Código Penal, redimensionando a pena para 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial semi-aberto e 15 dias-multa.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (3º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte com o parecer, deram parcial provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do 1º vogal (Des. Emerson), vencidos o relator e o revisor (Des. José Ale).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Emerson Cafure, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0040443-29.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO E LAVAGEM DE DINHEIRO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – DESCABIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADORA – REPRIMENDA BASILAR ESTABELECIDA EM PATAMAR ADEQUADO – REPRIMENDA BASILAR INALTERADA – EMPREGO DE ARMA DE FOGO – CONCURSO DE AGENTES – RESTRIÇÃO DE LIBERDADE – MAJORANTES DEVIDAMENTE COMPROVADAS – MANTIDO O AUMENTO NA FRAÇÃO DE 3/8 – REGIME FECHADO MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

No caso dos autos, os elementos probatórios reunidos durante todo o *iter* processual são suficientes a demonstrar que os réus efetuaram a subtração dos valores existentes no cofre da lotérica, cuja ação fora praticada com violência e grave ameaça exercida com arma de fogo, concurso de agentes e restrição de liberdade, bem como evidenciam que um dos acusados dissimulou a origem ilícita do numerário subtraído, adquirindo, no dia posterior ao assalto, uma motocicleta. O firme relato apresentado pelas vítimas, devidamente secundado por depoimentos colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, confissão extrajudicial e laudo pericial, afastam qualquer dúvida acerca da materialidade e autoridade delitiva, impondo-se, assim, a manutenção do édito condenatório.

Tratando-se de assalto que resultou em vultoso prejuízo, possível torna-se a valoração negativa das consequências do crime. Não há falar, portanto, em redução da pena-base, sobretudo quando a fundamentação exposta é idônea e a exasperação adequada ao alcance das finalidades da pena.

Sendo inconteste a utilização da arma durante a execução do crime de roubo, conforme palavra das vítimas e confissão dos réus, imperativa torna-se a incidência da majorante do art. 157, par. 2º, inc. I, do Código Penal.

Se as provas dos autos demonstram claramente que o delito contou com a atuação de mais de um agente, incabível o afastamento da majorante prevista no art. 157, par. 2º, inc. II, do Código Penal.

A causa especial de aumento relativa à restrição de liberdade caracteriza-se pela privação da liberdade por tempo juridicamente, este entendido com sendo o período superior ao efetivamente necessário para a consumação do crime de roubo, de modo que, emergindo dos autos que as vítimas foram mantidas sob jugo dos réus por longo intervalo de tempo, resta devidamente configurada a aludida majorante.

Estando demonstrado pelas provas dos autos que o período de restrição de liberdade supera ao comum e, assim, enseja maior reprovação, de rigor a manutenção do patamar de 3/8 aplicado às majorantes do art. 157, par. 2º, incs. I e II, do Código Penal.

Impossível a fixação de regime diverso do fechado em razão das circunstâncias judiciais acentuadamente desabonadoras indicadas na dosimetria, as quais ensejam maior rigor no estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que condenou Luiz Fernando de Souza como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inc. I, II e V, do Código Penal, e art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, infligindo-lhe a pena de 09 anos, 02 meses e 07 dias de reclusão em regime inicial fechado e 26 dias-multa, bem como condenou Cleverton da Silva dos Santos nas iras do art. art. 157, § 2º, inc. I, II e V, do Código Penal, impondo-lhe a reprimenda de 06 anos, 02 meses e 07 dias de reclusão em regime inicial fechado e 16 dias-multa.

Nas razões, sustenta a d. defesa, em suma, que as provas colacionadas aos autos são insuficientes para a sustentação do édito condenatório, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer: a) o afastamento das majorantes do emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade, ou, a incidência delas na fração mínima de 1/3; b) a redução da pena-base ao mínimo legal, e; c) o abrandamento do regime prisional (f. 484-502).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (f. 507-523).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo improvimento do apelo (f. 544-557).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que condenou Luiz Fernando de Souza como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inc. I, II e V, do Código Penal, e art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, infligindo-lhe a pena de 09 anos, 02 meses e 07 dias de reclusão em regime inicial fechado e 26 dias-multa, bem como condenou

Cleverton da Silva dos Santos nas iras do art. 157, § 2º, inc. I, II e V, do Código Penal, impondo-lhe a reprimenda de 06 anos, 02 meses e 07 dias de reclusão em regime inicial fechado e 16 dias-multa.

Nas razões, sustenta a d. defesa, em suma, que as provas colacionadas aos autos são insuficientes para a sustentação do édito condenatório, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer: a) o afastamento das majorantes do emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade, ou, a incidência delas na fração mínima de 1/3; b) a redução da pena-base ao mínimo legal, e; c) o abrandamento do regime prisional.

Passo ao exame do recurso.

O pleito absolutório não comporta acolhimento.

A inicial acusatória dita que:

“(...) no dia 23 de julho de 2013, por volta das 18h30min, na empresa Lotérica Nova Lima Ltda ME, situado na Avenida de Albuquerque, nº 1.682, bairro Nova Lima, nesta Capital, os denunciados Cleverton da Silva dos Santos e Luiz Fernando de Souza, com unidade de desígnios, subtraíram para eles, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas, a quantia de R\$ 32.311,45 (trinta e dois mil, trezentos e onze reais e quarenta e cinco centavos) em espécie, pertencentes à empresa vítima Lotérica Nova Lima ME, de propriedade de Eduardo Parreira e sua esposa Tatiane Dias da Silva” (f. 01-05), bem como que em “24.07.2013, na empresa Caiobá Motocicletas e Peças Ltda, sito na Avenida Presidente Ernesto Geisel, nº 4406, centro, nesta cidade de Campo Grande, MS, o denunciado Luiz Fernando de Souza, a fim de ocultar/dissimular a utilização de valores provenientes de infração penal apurada nos autos de Ação Penal nº 0040443-29.2013.8.12.0001, negociou parte da quantia subtraída ilicitamente, qual seja, o valor de R\$ 5.632,00 (cinco mil, seiscentos e trinta e dois reais), tendo adquirido uma motocicleta Honda Fan, cor preta, ano 2013, nova, sem placa, nota fiscal eletrônica nº 000.012.664, emitida em seu nome” (f. 178-179).

A materialidade delitiva vem demonstrada pelo boletim de ocorrência (f. 09-10), laudo de perícia papiloscópica (f. 17-29), autos de reconhecimento pessoal (f. 40-42), auto de reconhecimento (f. 41-43), auto de exibição e apreensão (f. 72) e auto de entrega de parte da res (f. 79-80).

A autoria, do mesmo modo, é inconteste.

Na etapa preparatória da persecução penal, os apelantes Cleverton e Luiz admitiram que foram os responsáveis pela subtração do vultoso numerário existente no estabelecimento denominado Lotérica Nova Lima, oportunidade em que narraram detalhadamente todo o *modus operandi* empregado no assalto, especialmente confirmando a utilização de revólver municiado e a restrição de liberdade das vítimas. Revelaram, inclusive, a destinação dada ao dinheiro subtraído:

“(...) o interrogando confessa a prática de ambos os crimes, cuja vítima Eduardo Parreiras, no primeiro roubo ocorrido no dia 08/07/2013 por volta das 19h30min na Rua São Borja nº 149, no Bairro Vila Rica, teve sua carteira contendo documentos pessoais e um aparelho de telefone celular subtraídos, e, novamente no dia 23/07/2013 por volta das 18h30min abordou a mesma vítima quando ele estava acompanhado da esposa, na porta da residência delas quando chegavam em um carro; que, em ambas as ações criminosas, agiu na companhia de seu concunhado Luiz Fernando de Souza; que, o interrogando já estava monitorando a vítima por cerca de trinta dias, tanto na Lotérica Nova Lima quanto nas imediações de sua residência, portanto, sabia os hábitos da vítima, tinha conhecimento que o movimento de entrada de dinheiro na lotérica era intenso (...); que, afirma que a arma ora apreendida, (...) foi a que utilizou nos roubos;

(...); que, deixou passar duas semanas após o primeiro roubo, e novamente em companhia de Luiz Fernando, resolveram assaltar aquela mesma vítima, desta vez, naquele dia 23/07/2013 esperaram o fechamento da lotérica, seguiram a vítima até a sua residência (...) sendo que Luiz Fernando anunciou o roubo, em seguida o interrogando apareceu para dar apoio (...); que, renderam tanto Eduardo quanto sua esposa (...); que Luiz Fernando ficou com a mulher dentro do Fiat Palio enquanto o interrogando com a vítima Eduardo, entraram na lotérica, o cofre foi aberto pela vítima, havia centenas de moedas e dinheiro de papel, tudo foi colocado dentro de saco de lixo e de lá saíram; (...) que, acabou sendo localizado e preso com a arma usada no roubo (...); que, após dividirem o dinheiro, Luiz Fernando foi embora, a parte que coube ao interrogando, pouco mais de R\$ 7.750,00 (...), o interrogando acabou adquirindo 246 g (...) de cocaína que adquiriu com o dinheiro roubado, pagou pela droga a quantia de R\$ 5.000,00 (...), o restando do dinheiro gastou com bebidas, pagou contas diversas; (...)” – f. 45-47.

“(...) ao que o interrogando confessa a prática de ambos os crimes, cuja vítima Eduardo Parreiras (...) novamente contando com a ajuda de seu concunhado Cleverton da Silva Santos, renderam as vítimas, já sabiam que eram proprietários da Lotérica Nova Lima, de onde subtraíram centenas de moedas e dinheiro; que afirma o interrogando que já estava monitorando a vítima Eduardo Parreiras (...) Cleverton foi quem observava as vítimas, chegou a fazer jogos naquela lotérica, seguia as vítimas após o fechamento da lotérica até a residência deles, ou seja, Cleverton já sabia o trajeto que as vítimas realizavam, tinha conhecimento que naquele estabelecimento comercial o movimento de clientes era grande, era constante e que no caixa, havia muito dinheiro; (...) monitoraram a vítima no dia 23/07/2013, deixaram fechar a lotérica, seguiram a vítima até a porta da casa dela, assim que a vítima Eduardo parou o carro na porta da garagem, o interrogando armado com revólver, anunciou o assalto (...); que decidiram se dirigirem até a lotérica, o interrogando permaneceu com a mulher da vítima dentro do carro, enquanto Cleverton armado com um revólver foi com a vítima Eduardo até o interior da lotérica, (...) saindo do local com um saco preto de lixo com centenas de moedas e dinheiro (...); que, deixaram as vítimas com o carro e fugiram levando o dinheiro, com Cleverton fugiram para a residência deste último, afirma o interrogando que dividiram a quantia roubada, contaram o dinheiro e havia cerca de R\$ 15.500,00 (...), a parte do interrogando ficou o valor de R\$ 7.750,00 (...), desse dinheiro que adquiriu uma motocicleta Honda Fan, cor preta, ano de fabricação 2013 na empresa Caiobá Motocicletas e Peças Ltda, no valor de R\$ 5.632,00 (...), gastou dinheiro com bebidas, alimentação, pagou contas de energia elétrica, conta de consumo de água, carrinho de bebe para uma enteada, gastou na farra com festas, restando apenas os valores apreendidos em moedas, centenas de moedas; (...).” f- 54-57

Tais elementos informativos foram ratificados em juízo pelos depoimentos prestados pelos ofendidos Eduardo e Tatiane, os quais referiram que a abordagem ocorreu no exato momento em que entravam na garagem da residência, ocasião em que os apelantes empunhavam armas de fogo, obrigando-lhes a permanecerem no interior do veículo, com o qual percorreram diversas vias da cidade por aproximadamente 03 horas, até que por volta das 22h se dirigiram à lotérica, lá sendo efetuada a subtração dos valores depositados no cofre (f. 411).

Impende ressaltar que em casos de crimes patrimoniais, a palavra da vítima assume peculiar relevância, especialmente no presente caso, porquanto o delito fora praticado longe da presença de testemunhas oculares.

A esse respeito, Guilherme Nucci afirma que:

“(...) a palavra isolada da vítima pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da

instrução” (Manual de processo penal e execução penal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 367).

Reafirmando o valor probatório conferido ao depoimento da vítima na seara processual penal, comentam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

“Depoimento esse de suma importância, na medida em que, em vários crimes, constitui a prova mais importante do processo, ao menos em relação à autoria” (in, Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 458-459, grifos nossos).

Nesse sentido é a jurisprudência:

EMENTA—APELAÇÃO CRIMINAL—PENAL E PROCESSO PENAL—RECURSOS DO PARQUET E DA DEFESA — PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO RÉU NO CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES — ACOLHIMENTO PARCIAL — MAJORANTE DA ARMA — FACA — IMPOSSIBILIDADE — LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA — RETROATIVIDADE DA LEI PENAL — ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS — RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE E RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO. Inequivocas a materialidade e a autoria do delito previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, diante da consistente palavra da vítima, testemunhas e da prisão em flagrante do acusado. Em delitos como o da espécie, não raras vezes cometidos sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima merece ser recepcionada com especial valor para a elucidação do fato, sob pena de não ser possível a responsabilização penal do autor desse tipo de ilícito patrimonial. A Lei nº 13.654/18 revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do CP, inserindo, todavia, o § 2º-A, inciso I, que aumenta a pena quando o crime de roubo é cometido com o emprego de arma de fogo apenas. Ou seja, a majorante não mais alcança os crimes cometidos com o emprego de arma branca. Tratando-se de lei posterior mais benéfica, aplica-se o princípio da retroatividade da lei penal, afastando-se a majorante. (TJMS. Apelação nº 0028191-52.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 17/08/2018, p: 21/08/2018)

EMENTA—APELAÇÃO CRIMINAL—FURTO QUALIFICADO—PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL NA MODALIDADE RETROATIVA — NÃO ACOLHIDA — PLEITO ABSOLUTÓRIO — CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO — AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS — AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA QUANTO AO CONCURSO DE PESSOAS — IMPOSSIBILIDADE — RECURSO NÃO PROVIDO. I — Tratando-se de pena de 02 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, o prazo prescricional a ser considerado é de 08 (oito) anos, nos termos do disposto no art. 109, inciso IV, do Código Penal. Verifica-se que decorreram 5 anos, 9 meses e 7 dias entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, sem que houvesse marcos interruptivos ou suspensivos do prazo prescricional, de forma que não se configura a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Preliminar afastada. II — O acervo probatório presente nos autos é robusto e suficiente para amparar a condenação do réu pela prática do delito de furto qualificado. Os depoimentos dos policiais somados à palavra da vítima, não deixam dúvidas quanto à prática do aludido crime patrimonial. Condenação mantida. Com o parecer, preliminar de prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa rejeitada e, no mérito, recurso improvido. (TJMS. Apelação nº 0009243-17.2008.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 26/04/2018, p: 27/04/2018)

E não é só.

O laudo pericial de f. 17-29 atesta que na coluna da porta traseira do veículos dos ofendidos foram colhidas impressões digitais do apelante Cleverton. O apelante Luiz, ao seu turno, que não utilizava capuz durante a ação delitiva, foi reconhecido pelas vítimas na fase inquisitorial (f. 40 e 42) e judicial (f. 411).

Corroborando tais assertivas, os investigadores José Antônio Pereira da Silva e Osmar Ferreira declararam em juízo que após a identificações e abordagem aos apelantes, eles confessaram a prática do roubo. Destacaram, inclusive, que eles ainda tinham em posse diversas moedas (f. 369).

Ainda nesse sentido, infere-se do auto de f. 72 que foram apreendidas mais de 2000 moedas de valores diversos, indicando, realmente, que se trata de parte do dinheiro subtraído da lotérica.

Como é cediço, a posse da *res* com o agente, sem que ele tenha oferecido justificativa admissível para tanto, prevalece para efeito de comprovação da autoria, ou seja, reforça a certeza de ter praticado a subtração.

Nessa linha é a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO SIMPLES – RES FURTIVA ENCONTRADA NA POSSE DO RÉU. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – Condenação mantida nos crimes contra o patrimônio, a apreensão da res furtiva em poder do acusado comete-lhe o ônus de demonstrar, inequivocamente, que não a subtraiu. Não o fazendo, impõe-se sua condenação. (TJMG; APCR 1.0105.12.011686-5/001; Rel. Des. Fortuna Grion; Julg. 04/02/2014; DJEMG 12/02/2014)

APELAÇÃO CRIME – CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES – PROVA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PALAVRA DOS POLICIAIS – CONDENAÇÃO MANTIDA. A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida nos autos. O réu não deu sua versão em juízo, sendo considerado revel, mas a prova oral é segura para a condenação, tendo em vista que foi preso em flagrante, na posse da res furtiva e, logo após adentrar na casa da vítima, na companhia de outros dois indivíduos, e subtrair uma bicicleta, uma televisão e um relógio. Caso em que a res furtiva é apreendida na posse do réu, sem justificativa plausível. Presunção de autoria do delito, que dá ensejo à inversão do ônus da prova. Ainda, dignos de credibilidade os depoimentos prestados pelos policiais, que atuam como testemunhas comuns, testemunhos não desmerecidos no processo penal pátrio e que se apresentam aptos a alicerçar o juízo condenatório proferido na sentença. Pena. Dosimetria. Manutenção. A presença de vetores negativos do artigo 59 do CP (antecedentes e circunstâncias do crime) autoriza o afastamento em seis meses da pena-base do mínimo, tornando-se definitiva neste patamar, diante da ausência de outras moduladoras da pena, mantida a substituição operada na origem, por duas penas restritivas de direitos. O regime inicial de cumprimento da pena, em caso de conversão, é o aberto, conforme comando sentencial. Suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, com base na Lei nº 1060/50. Apelo defensivo parcialmente provido. (TJRS; ACr 370089-48.2012.8.21.7000; Montenegro; Oitava Câmara Criminal; Relª Desª Isabel de Borba Lucas; Julg. 14/08/2013; DJERS 07/10/2013)

Como se observa dos autos, os apelantes não lograram êxito em justificar a posse do dinheiro roubado, eis que trouxe versão demasiadamente leviana, que afronta o senso comum, pois limitaram-se a alegar que a confissão extrajudicial fora obtida mediante tortura (f. 369 e 442).

É certo, portanto, que os depoimentos dos ofendidos, firmes e coerentes, em harmonia com os demais elementos colhidos nas fases administrativa e judicial, formam conjunto probatório robusto e suficiente a demonstrar a autoria do crime de roubo.

No tocante ao delito de lavagem de dinheiro imputado especificamente ao apelante Luiz, este igualmente restou demonstrado.

Incorre nessa modalidade criminosa o agente que: “(...) *ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*” (art. 1º, caput, da Lei nº 9.613/98).

Consoante depreende-se seguramente dos documentos de f. 74-77, na data de 24.07.2013 o apelante Luiz adquiriu uma motocicleta junto à empresa Caiobá Motocicletas e Peças Ltda, dissimulando, assim, a origem ilícita do dinheiro que constituía proveito do roubo praticado na data anterior, conforme ele mesmo havia admitido perante a autoridade policial (f. 56).

Logo, o conjunto probatório mostra-se bastante robusto, não havendo falar, portanto, em absolvição por insuficiência de provas.

Sobre as penas-base, infere-se terem sido exasperadas mediante a valoração negativa das consequências do crime:

“(…)

A) do réu Cleverton

I) da pena

I.1) da pena base

Considerando que a culpabilidade foi de intensidade própria do tipo; que o réu não registra antecedentes criminais, na linha do entendimento, com o qual comungo, adotado pela Súmula 444 do STJ; que não há dados concretos acerca de sua conduta social e de sua personalidade; que o motivo do crime foi a busca por lucro fácil à custa do sacrifício alheio, ou seja, dentro da normalidade típica; que as circunstâncias não desbordaram da normalidade (no que desbordaram, ou seja, no tempo de restrição da liberdade das vítimas, isto será levado em conta como majorante); que as consequências foram de elevada monta, com prejuízo financeiro para as vítimas acima de R\$ 15.000,00 (na versão dos réus na polícia) ou acima de R\$ 30.000,00 (na versão das vítimas); que o comportamento das vítimas não contribuiu para o crime, e, ainda, o que dispõem os artigos 59 e 68 do CP, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos.

(…)

B) do réu Luiz Fernando

I.1) da pena do crime de roubo

i.1.1) da pena base

Considerando que a culpabilidade foi de intensidade própria do tipo; que o réu não registra antecedentes criminais, na linha do entendimento, com o qual comungo, adotado pela Súmula 444 do STJ; que não há dados concretos acerca de sua conduta social e de sua personalidade; que o motivo do crime foi a busca por lucro fácil à custa do sacrifício alheio, ou seja, dentro da normalidade típica; que as circunstâncias não desbordaram da normalidade (no que desbordaram, ou seja, no tempo de restrição da liberdade das vítimas, isto será levado em conta como majorante); que as consequências foram de elevada monta, com prejuízo financeiro para as vítimas acima de R\$ 15.000,00

(na versão dos réus na polícia) ou acima de R\$ 30.000,00 (na versão das vítimas); que o comportamento das vítimas não contribuiu para o crime, e, ainda, o que dispõem os artigos 59 e 68 do CP, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, esta no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente quando dos fatos.

(...)

I.2) da pena do crime de lavagem de dinheiro

I.2.1) da pena base/pena definitiva

Considerando que a culpabilidade foi de intensidade própria do tipo; que o réu não registra antecedentes criminais, na linha do entendimento, com o qual comungo, adotado pela Súmula 444 do STJ; que não há dados concretos acerca de sua conduta social e de sua personalidade; que o motivo do crime foi a busca por dissimular parte do proveito do crime, ou seja, próprio do tipo; que as circunstâncias não desbordaram da normalidade; que as consequências, para esta conduta, estão dentro do comum para o tipo, inclusive com a pronta recuperação do bem adquirido com o proveito do crime; que o comportamento das vítimas não contribuiu para o crime, e, ainda, o que dispõem os artigos 59 e 68 do CP, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa (...).”

Em se tratando de crime patrimonial, o prejuízo sofrido reflete em fator inerente à tipificação penal, o qual somente poderá ser desfavoravelmente considerado na hipótese da lesão patrimonial se apresentar vultosa.

Nesse sentido é a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) Cuidando-se o roubo de crime patrimonial, a pena não pode ser elevada com base no prejuízo sofrido pela vítima, a não ser que se trate de exacerbada lesão ao patrimônio. (...)” (STJ; HC 187.011; Proc. 2010/0184495-0; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Julg. 12/03/2013; DJE 18/03/2013)

Na esteira desse raciocínio, tem-se como idônea a valoração negativa das consequências do crime, tendo em vista que o prejuízo acarretado pela subtração supera ao ordinário, revelando a intensidade da afetação ao bem jurídico.

Impende ainda ressaltar que se revela adequada a exasperação da pena-base no *quantum* aplicado na sentença, porquanto a resposta penal deve levar em consideração a análise qualitativa das circunstâncias judiciais, não se limitando a mera indicação quantitativa de moduladoras desfavoráveis.

Como é cediço, o julgador poderá valer-se de sua discricionariedade para atribuir maior ou menor importância a determinadas circunstâncias judiciais, atendendo, assim, ao princípio da individualização da pena.

A esse respeito, é assente a jurisprudência:

“Relativamente ao quantum da reprimenda aplicada, cumpre pontuar que a dosimetria da pena não obedece a uma regra matemática rígida, mas se trata de uma operação realizada com base em elementos concretos dos autos, levada a efeito com certa discricionariedade, ainda que vinculada ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, de forma que cada uma das circunstâncias individualmente valoradas pode ter maior ou menor influência no cômputo da pena-base. (...)” (TJCE; APL 0487736-63.2011.8.06.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Antônio Padua Silva; DJCE 29/08/2017; Pág. 105)

REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ARTS. 217-A, CAPUT, E 121, § 2º, III, IV E V) – REVISÃO DA PENA BASE – ADMISSIBILIDADE – DOSIMETRIA – PRIMEIRA FASE – CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – AUMENTOS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADOS – AUSÊNCIA DE EVIDENTE CONTRARIEDADE À LEI, À PROVA DOS AUTOS OU TERATOLOGIA – REPRIMENDA MANTIDA. Culpabilidade do agente: Deve-se aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu” (Celso Delmanto). “A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas” (STF, Min. Rosa Weber). PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E INDEFERIDO. (TJSC; RVCr 4010454-35.2017.8.24.0000; Camboriú; Seção Criminal; Rel. Des. Getúlio Corrêa; DJSC 10/08/2017; Pag. 308)

É o que se observa na hipótese vertente, tendo em vista que o prejuízo decorrente da ação delitiva supera os R\$ 15.000,00, autorizando, por conseguinte, que a resposta penal seja robustamente recrudescida, na medida do necessário para a prevenção e reprovação da conduta.

Desse modo, não havendo arbitrariedade ou falta de razoabilidade, será mantida a pena-base.

A majorante do emprego de arma restou comprovada, tendo em vista que a utilização do revólver é incontestada, conforme seguras declarações das vítimas em harmonia com as confissões extrajudiciais.

Vale ressaltar que a incidência da causa de aumento em apreço prescinde da apuração da eficácia lesiva da arma, eis que a exibição do revólver, por si só, é capaz de impingir na vítima o temor necessário para que o agente alcance a subtração, intensificando a intimidação e assim tornando ainda mais provável o resultado pretendido.

Nesse sentido posiciona-se o e. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ROUBO QUALIFICADO POR EMPREGO DE ARMA DE FOGO – APREENSÃO E PERÍCIA – DESNECESSIDADE – COMPROVAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA UTILIZAÇÃO DA ARMA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – PRECEDENTES – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta corte, em harmonia com a compreensão da excelsa corte, entende que, para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, é desnecessária a apreensão e a realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego, até porque, a referida exigência não deflui da Lei. 2. Agravo regimental improvido. (STJ; AgRg-AREsp 334.288; Proc. 2013/0153025-6; DF; Quinta Turma; Rel. Des. Conv. Campos Marques; DJE 01/07/2013; Pág. 1968)

É esse, inclusive, o posicionamento do e. Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS – DELITO DE ROUBO – EMPREGO DE ARMA DE FOGO – CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA – AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA – DESNECESSIDADE. Impossibilidade de constatação da potencialidade lesiva dessa mesma arma. Aplicabilidade, ainda assim, da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Precedente do plenário desta suprema corte (HC 96.099/rs). Ressalva da posição pessoal do relator desta causa. Observância,

contudo, do postulado da colegialidade. Pedido indeferido. (STF; HC 94.616; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 19/05/2009; DJE 26/06/2013; Pág. 32)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CRIME DE ROUBO QUALIFICADO – ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Vigora no direito brasileiro e no direito contemporâneo em geral o princípio da livre convicção. 2. O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Emprego de arma de fogo. Prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo por outros meios de prova. Inteligência dos arts. 158 e 167 do código de processo penal brasileiro. Precedente do plenário (HC 96.099/RS). 3. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (STF; HC-RO 113.771; DF; Primeira Turma; Relª Minª Rosa Weber; Julg. 19/03/2013; DJE 11/04/2013; Pág. 38)

Desse modo, a majorante será mantida.

A majorante do concurso de agentes também está comprovada.

Referida causa de aumento justifica-se:

“(...) no maior risco que a pluralidade de pessoas proporciona à integridade física e ao patrimônio alheios, bem como no maior grau de intimidação infligido à vítima, facilitando a prática do delito” (MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 5. ed., Método, 2017, p. 713).

No caso dos autos, em que pese a argumentação defensiva, as provas apontadas inicialmente são seguras e suficientes em demonstrar que o delito de roubo fora praticado pelos apelantes Cleverton e Luiz, mediante união de desígnios.

Assim, incabível o afastamento da majorante em questão.

A causa de aumento da restrição da liberdade, da mesma forma, restou caracterizada.

A finalidade da aludida majorante é repreender de forma mais contundente o agente que excessivamente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade por tempo juridicamente relevante, assim agindo para potencializar o sucesso na empreitada criminosa.

A esse respeito, leciona Cleber Masson:

“(...) Como a lei utiliza o verbo manter (‘o agente mantém a vítima em seu poder’), a restrição da liberdade deve perdurar por tempo juridicamente relevante, isto é, o ladrão permanece com a vítima em seu poder por tempo superior ao necessário à execução do roubo, seja para assegurar para si ou para outrem o produto do crime, seja para escapar ileso da ação da autoridade policial. (...)” (Direito Penal Esquemático. Parte Especial. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, vol 2, p. 428)

Ainda nesse sentido:

“(...) O inciso V do art. 157, § 2º, do CP, tem lugar quando o réu mantém a vítima à sua mercê, privando-a da liberdade, por tempo superior ao necessário para o assenhoramento dos bens subtraídos. O que se pune é o excesso, o dispensável, o plus que ultrapasse a ação de subtrair, em tempo juridicamente relevante (...)” (TJDF, Ap 20020110376345, 1ª T., Rel. Edson Alfredo Smaniotto, j. 30/06/2005)

No caso em epígrafe, depreende-se que os ofendidos foram abordados aproximadamente às 19h30m, oportunidade em que foram rendidos e obrigados a permanecerem no interior de um veículo, com o qual percorreram diversas vias da cidade por aproximadamente 03 horas, até que por volta das 22h se dirigiram à lotérica onde a subtração restou consumada, sendo libertados já no avançar da noite.

Nesse prospecto, resta evidente que a restrição perdurou por tempo juridicamente relevante, ensejando, assim, a incidência da majorante em apreço.

A fração de aumento aplicada em razão das referidas majorantes não comporta retificação, eis a exasperação foi realizada no patamar de 3/8, pelas seguintes razões:

“(...) Não há causas de diminuição de pena. Presentes, de outro lado, as majorantes previstas no artigo 157, § 2º, I, II e V, do CP, razão pela qual, e até pelo princípio da proporcionalidade (número de majorantes previstas) e pelo tempo, mui especialmente, de restrição da liberdade das vítimas (cerca de três horas), reputo justo que o aumento se dê em 3/8 (acima do mínimo mas distante do máximo legal, até porque as demais majorantes não saíram do mínimo exigido para sua existência: duas pessoas e uma arma comprovada), ficando a pena, então, definitivamente fixada em: (...)”

Como se observa, o juiz *a quo* justificou, fundamentadamente, a necessidade de fixação das majorantes em patamar acima do mínimo, destacando a gravidade concreta da conduta perpetrada e do *modus operandi* empregado pelos criminosos, em especial pelo tempo que perdurou a restrição de liberdade.

Inexiste, assim, eventual violação ao enunciado 443 da Súmula do e. Superior Tribunal de Justiça, pois o aumento da reprimenda, na terceira fase da dosimetria, recebeu a necessária fundamentação, não sendo fruto de mera indicação do número de majorantes.

Nesse sentido, colho da jurisprudência:

PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ROUBO MAJORADO – DOSIMETRIA DA PENA – PERCENTUAL DE AUMENTO PELAS MAJORANTES – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – OBEDIÊNCIA À SÚMULA 443/STJ. I - Nos termos do Enunciado nº 443 da Súmula/STJ, “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.” II - Na hipótese dos autos, o aumento operado em razão das majorantes, em patamar acima do mínimo legal, se deu com base em circunstâncias concretas - extrema violência exercida contra as vítimas - e não por simples critério numérico. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 725.452/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) – destaquei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – ROUBO MAJORADO – EXASPERAÇÃO RELATIVA A DUAS CAUSAS DE AUMENTO EM FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA LEGAL – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DENOTAM MAIOR REPROVAÇÃO DA CONDUTA – REGIME PRISIONAL – SUPERVENIENTE PROGRESSÃO AO REGIME INICIAL PRETENDIDO – PREJUDICIALIDADE CONSTATADA – ÓBICE À PROGRESSÃO PER SALTUM – SÚMULA 491/STJ – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula 443/STJ). 3. Na espécie, a majoração da pena 3/8 decorreu de circunstâncias concretas e que também revelam maior desvalor, como o maior número de agentes em comparsaria (três) e as circunstâncias do crime, na qual a arma de fogo foi

apontada para a cabeça da vítima. 4. A superveniente progressão do paciente ao regime prisional semiaberto torna prejudicado o pleito de alteração para esse regime inicial, não se admitindo a chamada progressão per saltum, conforme enunciado da Súmula 491/STJ, para efeito de conduzi-lo ao regime aberto. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 336.639/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015) – destaquei.

Portanto, mantenho a fração de 3/8 aplicada em 1º grau.

Por fim, sobre o regime prisional, sua fixação guia-se pela quantidade da pena em conjunto com outros fatores, como a primariedade/reincidência, a detração (art. 387, par. 2º, do Código de Processo Penal) e, sobretudo, a avaliação das circunstâncias judiciais.

É o que prescreve o art. 33, par. 3º, do Código Penal:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado.

(...)

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Sobre a matéria, assim manifesta-se a jurisprudência desta e. Corte de Justiça:

“(...) A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser feita nos termos do § 3º do art. 33, com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, não sendo definida somente pela quantidade da pena aplicada. Assim, o regime inicial de cumprimento da pena não comporta modificação quando fixado com base nas circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal. (...)” (APL nº 2011.029404-1 – Órgão Julgador – 2.ª Turma Criminal – Relator: Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgamento em 07/11/2011)

In casu, a reprimenda aplicada ao apelante Cleverson foi estabelecida em patamar inferior a 08 anos e, conste período de detração, as circunstâncias do crime revelam-se acentuadamente desfavoráveis, desabonando sensivelmente sua conduta. O apelante Luiz, ao seu turno, teve a pena fixada em *quantum* superior a 08 anos e, da mesma forma, ostenta circunstância judicial desabonadora.

Vale registrar que, malgrado a previsão do art. 387, par. 2º, do Código de Processo Penal, a detração não é capaz de alterar o regime no caso em apreço, eis que definido não só em atenção ao *quantum* da pena.

Nesse sentido recentemente decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 4. É certo que o § 2º do art. 387 do código de processo penal. CPP, acrescentado pela Lei nº 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal. 5. No presente caso, mostra-se inidônea a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias, que atribuíram ao juízo da execução penal a aplicação do instituto da detração prevista no art. 387, § 2º, do código de processo penal. CPF. Todavia, inexistente, na hipótese, flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar do paciente para fixação do regime inicial, pois ainda que descontado o período de prisão cautelar da pena privativa de liberdade imposta. 4 (quatro) anos de reclusão, não haveria alteração do regime inicial fixado, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável. (...)” (STJ; HC 331.678; Proc. 2015/0185420-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; DJE 02/06/2016)

Não há, portanto, qualquer alteração a ser feita no tocante aos regimes de cumprimento de pena, que devem ser mantidos como sendo o inicial fechado.

Conclusão

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Destarte, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000279-39.2016.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ART. 155, § 4º, I, DO CP – PLEITO ABSOLUTÓRIO AFASTADO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS – QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO MANTIDA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – VIABILIDADE – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A robustez do caderno probatório, com depoimentos coerentes e convincentes, afasta a tese defensiva de insuficiência probatória.

Rompimento de obstáculo à subtração da *res furtiva* comprovada por meio do auto descritivo do local do crime e provas testemunhais.

Necessária a redução da pena-base, em razão do afastamento da circunstância judicial das consequências do crime, pois o fato de a *res furtiva* não ter sido recuperada é inerente ao próprio tipo penal, não extrapolando a normalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Márcio da Conceição Santos interpõe recurso de apelação (f. 189-203), manifestando seu inconformismo com a sentença (f. 167-172) que o condenou à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, pelo crime de furto qualificado previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Inconformado com a sentença condenatória, o apelante requer sua absolvição, em razão da insuficiência probatória nos autos. Caso não seja esse o entendimento, requer o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, ante a ausência de prova pericial e, por fim, a redução da pena-base ao mínimo legal.

Em contrarrazões (f. 207-213), o Ministério Público Estadual manifesta-se pelo não provimento do recurso, ao tempo em que suscita questionamento.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Márcio da Conceição Santos interpõe recurso de apelação (f. 189-203), manifestando seu inconformismo com a sentença (f. 167-172) que o condenou à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, pelo crime de furto qualificado previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Consta da denúncia (f. 01-02) que:

(...) no dia 07 de abril de 2016, por volta das 10h40min, no Centro de Especialidades Médicas CEM, situado na Travessa Guia Lopes, Centro, nesta capital, o denunciado Kauê Luiz Souza Augusto subtraiu para si 01 (um) aparelho de telefone celular, marca Samsung, modelo Galaxy J2, avaliado em R\$ 700,00 (setecentos reais) de propriedade da vítima Maria Ivanice de Oliveira.

Após a regular instrução do feito, o denunciado foi condenado como incurso nas penas do art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Inconformado com a sentença condenatória, o apelante requer sua absolvição, em razão da insuficiência probatória nos autos. Caso não seja esse o entendimento, requer o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, ante a ausência de prova pericial e, por fim, a redução da pena-base ao mínimo legal.

Passo à análise do recurso.

Da absolvição por insuficiência de provas.

A materialidade do crime encontra-se amparada no boletim de ocorrência (f. 06-07), auto de exibição e apreensão (f. 14-15), auto descritivo do local do crime (f. 34-35), auto de avaliação indireta (f. 43-44), bem como pelos depoimentos a seguir expostos.

Inconteste também é a autoria do crime, a qual recai sobre a pessoa do apelante. Vejamos.

Em sede inquisitorial (f. 16-17), o réu confessou a prática do delito, afirmando que teria adentrado no estabelecimento denominado Loja Casual utilizando-se de uma chave de fendas para abrir a porta do local. Disse também que furtou algumas camisetas do referido estabelecimento, as quais foram comercializadas pelo valor de R\$ 5,00.

Em juízo (f. 125), teve decretada sua revelia.

Tal confissão é corroborada pelo depoimento judicial do policial militar Janderson Correa da Silva (f. 112), o qual narrou que primeiramente houve a ocorrência da loja Casual, razão pela qual saíram em diligências de um possível suspeito nas proximidades do local. Nessa ocasião, abordaram o acusado próximo à Barraca de Côco do Marinho, portando consigo uma chave de fenda, uma faca, um pacote de amendoim, bebidas Gatorade e diversas etiquetas da marca Hering. Apurou-se que as etiquetas eram proveniente do furto ocorrido na loja Casual, e o restante dos objetos do furto realizado na panificadora Avenida. Asseverou que o acusado agiu com o mesmo *modus operandi* para a prática de ambos delitos, pois utilizou-se da mesma chave de fenda para arrombar os estabelecimentos.

No mesmo sentido, quando ouvido em juízo (f. 102), o policial civil Antônio Luiz Lopes Filho relatou que a polícia militar conduziu o suspeito à delegacia, o qual foi apreendido com alguns objetos provenientes de furto, entre eles, etiquetas da marca Hering da loja Casual, bem como a chave de fenda

utilizada para o arrombamento do referido estabelecimento. Afirmou-se recordar que o acusado confessou que subtraiu referidos objetos, os quais foram comercializados por ele posteriormente.

Vale frisar que os testemunhos dos policiais possuem grande relevância probatória e gozam de presunção *juris tantum* de veracidade, portanto, suas declarações devem ser tomadas como críveis, a não ser que sejam desconstituídas por provas idôneas, o que não ocorreu no caso.

Por todo o exposto, tenho que não há dúvidas quanto à autoria que recai sobre o apelante, devendo ser rejeitada a pretensão recursal à absolvição.

Com relação ao pedido de afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, entendo que não comporta acolhimento.

Alega o apelante que eventual laudo de constatação realizado por quem não é perito não pode ser usado para suprir a falta da prova técnica indispensável à verificação do rompimento do obstáculo.

Todavia, no caso em tela, restou devidamente comprovado o rompimento de obstáculo, pois houve a realização de exame no local do crime (f. 34/35), efetuado por dois peritos, que constataram que:

(...) o local estava com a porta frontal de blindex danificada em sua fechadura, referida fechadura fora destruída pelo autor com o uso de uma chave de fenda, o local estava parcialmente preservado, uma vez que antes de comunicarem os fatos nesta unidade policial, o proprietário da loja já havia acionado o “chaveiro” para trocar a fechadura do estabelecimento, entretanto, mesmo assim, pode-se verificar que havia sido danificada, configurando assim o rompimento de obstáculo, o autor se utilizou de uma chave de fenda para romper e destruir o obstáculo, no caso a fechadura, para subtrair a res furtiva.

Nada obstante, importante frisar que, ainda que não houvesse a realização do auto descritivo de local de crime atestando tal condição, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça tem admitido, excepcionalmente, a dispensa da perícia em situações nas quais restar provado nos autos ter sido impossível a realização do exame ou atestada a presença da qualificadora por outros meios aptos.

Ocorre que, na hipótese, além da realização de exame no local do crime para comprovação do rompimento de obstáculo, a violação ficou demonstrada também pela confissão extrajudicial do réu (f. 15-16) e depoimentos de testemunhas (f. 106 e 112).

Logo, imperiosa é a manutenção da qualificadora de rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

Por fim, insurge-se o apelante contra a fixação da pena-base, argumentando que não se pode considerar como consequência desfavorável do crime de furto/roubo, o fato de a vítima ter tido algum prejuízo material (ou não ter sido integralmente ressarcida), posto que a lesão ao patrimônio é inerente ao crime em questão.

Pois bem: Transcrevo a fundamentação utilizada pelo sentenciante para elevação da pena-base:

“(...) Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade foi comum para este tipo de delito; os antecedentes lhe prejudicam, mas deixarão de ser valorados por configurarem a reincidência; não há elementos suficientes nos autos para se definir a conduta social e a personalidade do agente; os motivos para a prática da infração penal são os normais para esse tipo de crime, tendo em vista a tipificação; as circunstâncias são normais; as consequências do crime lhe prejudicam, tendo em vista que a vítima recuperou apenas parte dos bens subtraídos; o comportamento da vítima em nada influenciou na prática do crime.

Nesse ponto, entendo que a sentença merece reforma, tendo em vista que o fato da *res furtiva* não ter sido recuperada não pode ser utilizado para valorar negativamente as consequências do crime, visto que a perda do objeto no furto é inerente ao próprio tipo penal, não extrapolando, no caso, a sua normalidade.

Portanto, resta afastada a circunstância judicial das consequências do crime, com a consequente redução da pena-base.

Nova dosimetria da pena

Considerando que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, fixo a pena-base no mínimo legal, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, incidem a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, as quais compenso-as, pois incabível a atenuação da pena aquém do mínimo legal, mantendo-se, portanto, a pena em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, reprimenda que torno definitiva ante a ausência de outras modificadoras a serem consideradas.

Será mantido o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, ante a reincidência do acusado, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal.

Pela mesma razão, o condenado não faz jus ao benefício insculpido no art.44 do CP, tampouco ao *sursis* (art.77), mormente porque se trata de reincidente específico.

Conclusão

Por fim, quanto ao prequestionamento, torna-se despicienda a descrição pormenorizada dos dispositivos aventados, tendo em vista que foram indicados todos os fundamentos necessários para o deslinde da questão.

Pelas razões expendidas, conheço do presente recurso e lhe dou parcial provimento, apenas para redimensionar e reduzir a pena-base e a de multa ao mínimo legal.

Assim, fica o apelante condenado como incurso nas penas do art. 155, § 4º, I, do Código Penal, em 02 (dois) anos de reclusão, no regime semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

1ª Câmara Criminal**Agravo de Execução Penal nº 0021020-10.2018.8.12.0001 - Campo Grande****Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago**

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR ANTES DA ATUAÇÃO JUDICIAL – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – SÚMULA 533 DO STJ – DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL QUE USURPOU A COMPETÊNCIA DO DIRETOR DO PRESÍDIO PARA APURAR A FALTA GRAVE – RECURSO PROVIDO.

Conforme já decidido pelo STJ, em sede de julgamento de recursos repetitivos, “(...) *conquanto a execução penal seja uma atividade complexa, pois desenvolve-se nos planos jurisdicional e administrativo, da leitura dos dispositivos da Lei de Execução Penal, notadamente do seu artigo 66, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, conclui-se que não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave.*”

Pacificando a questão no âmbito da Corte Superior, em 2015, foi editada a Súmula 533 do STJ, cuja redação enuncia o seguinte: “(...) *para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.*”

Deste modo, é nula a decisão que regrediu o regime do sentenciado, reconhecendo a falta grave, sem antes a infração disciplinar ter sido apurada, em devido processo administrativo instaurado para tal fim, asseguradas ao condenado as garantias da ampla defesa (incluindo-se a defesa técnica) e do contraditório.

Ademais, não se prescinde da defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar, passando ao largo disso o prolapado “pedido de providências sigiloso”, realizado pelo magistrado, ao arrepio da ampla defesa e do contraditório, sem oportunizar ao apenado assistência de procurador habilitado.

Em situações como a dos autos, a audiência de justificação não substitui o indispensável processo administrativo instaurado previamente pelo diretor do presídio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Francisco Pereira da Silva interpõe recurso de agravo em execução, manifestando seu inconformismo com a decisão do juízo da execução que, após audiência de justificação, concluiu que o agravante praticou falta grave, regredindo-lhe o regime de pena para o semiaberto.

Sustenta o agravante que a decisão combatida baseou-se em procedimento administrativo nulo, em que houve produção unilateral de provas e não foram resguardados o contraditório e a ampla defesa. Suscita, por último, prequestionamento.

Requer, por isso, seja declarada nula a decisão agravada, restabelecendo-se o regime anterior de cumprimento de pena.

Em contrarrazões, a defesa pugna pelo improvimento do recurso.

Por sua vez, a Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opina pelo improvimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo em execução interposto por Francisco Pereira da Silva contra a decisão do juízo da execução que, após audiência de justificação, concluiu que o agravante praticou falta grave, regredindo-lhe o regime de pena para o semiaberto.

Sustenta o agravante que a decisão combatida baseou-se em procedimento administrativo nulo, em que houve produção unilateral de provas e não foram resguardados o contraditório e a ampla defesa. Suscita, por último, prequestionamento.

Requer, por isso, seja declarada nula a decisão agravada, restabelecendo-se o regime anterior de cumprimento de pena.

O recurso comporta provimento.

Da análise dos autos, noto que, suspeitando de fraude na emissão a vários sentenciados dos certificados de conclusão de curso por algumas instituições de ensino, o magistrado da execução, de ofício, iniciou apuração para constatar a regularidade dos referidos documentos, os quais estariam sendo usados para obtenção de redução do tempo de pena pela remição, inclusive pelo agravante.

Foram colhidas algumas informações sobre a suposta fraude, em pedido de providências instaurado sigilosamente pelo magistrado (f. 91-386). O agente penitenciário designado pelo juiz para realizar os “trabalhos de campo”, a fim de angariar dados a respeito da suspeita, apresentou relatório (f. 339-358), atestando que realizou a oitiva dos sentenciados, individualmente, em salas reservadas, e que todos mostraram-se solícitos e responderam prontamente os questionamentos que lhes foram feitos.

Posteriormente, em audiência de justificação, após oitiva do apenado, na presença do defensor público, concluiu o juiz que o agravante praticou falta grave, regredindo-lhe o regime de cumprimento de pena, em síntese, sob os seguintes fundamentos:

“(...) Verifiquei que ao menos duas das empresas de ensino à distância autorizam a emissão do certificado de imediato, com preenchimento do cadastro e pagamento do curso de baixo custo, inclusive com preenchimento da nota, avaliação, carga horária. Durante as diligências ex officio deste juízo, junto aos processos de execução penal e site das instituições de ensino com documentação anexa, foi verificada atuação muito suspeita por parte dos certificados expedidos pelo IBEP, com extensa carga horária, e verificação do procedimento no site do referido instituto sediada aparentemente em Oiapoque- AP.

Também foi verificada atuação de provável fraude documental em certificados emitidos pelo WR Educacional, de São Lourenço MG, haja vista que estando presos, tais reeducandos não teriam como realizar tal carga horária de cursos².

Tanto no caso do IBEP, como da WR, o certificado pode ser emitido no ato do cadastramento, sem efetiva realização do curso, o que pode caracterizar declaração falsa;

No caso do INEAD, de Goiânia GO, temos emissão de certificados com o mesmo código de identificação do cursista, sendo que no acesso ao site aparece terceira pessoa como agraciada pelo certificado do curso de montagem e manutenção de computadores.

Também a quantidade de cursos a distância na área de Teologia, emitido por uma Faculdade e Seminário de São Lourenço - MG, que depende de efetiva realização do curso, presença e avaliação, o que fica quase impossível em se tratando de reeducandos sem acesso à internet regular; da mesma forma que as outras instituições utilizadas pelos reeducandos, esta cobra pela emissão de certificados, sendo que em vários casos o código indicado em certificados utilizados nos processos, aparecem como inexistentes.

O agente penitenciário lotado na Covep foi destacado para serviço de campo, e verificou a “venda de certificados” para fins de remição. Que todos os internos processados administrativamente não realizavam os cursos, cujo certificado era vendido por um dos internos, inclusive já com livramento suspenso e preso na audiência de justificação.

Em que pese a vasta prova documental, primando pelo contraditório, ouvi o reeducando, que não logrou demonstrar a efetiva realização do curso a distância.

Portanto, o interno Francisco Pereira da Silva, qualificado nos autos, não realizou o curso a distância, fazendo uso de documentos com informações inverídicas, com o fim de obter vantagem indevida para si, em processo de execução de pena.

A audácia e modus operandi do grupo, já encaminhado para processamento penal, só reforça a intensidade da falta disciplinar grave, que ora reconheço com esteio no parecer do MPE.

Nesses termos, com fundamento no artigo 50 da LEP, comprovada a falta grave (grave falta de disciplina e prática de crime), nos termos do artigo 118, I da LEP, regrido o regime de pena imposto ao sentenciado para o regime mais rigoroso, qual seja, semiaberto.”

Feitas essas digressões fáticas, concluo pela nulidade da decisão atacada.

Com efeito, segundo dispõe o art. 59 da LEP, praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Este procedimento de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição (exceto no caso de falta grave), é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor.

Assim, segundo pontuado pelo Ministro Marco Aurélio Belizze, no REsp 1378557/RS,

(...) antes de representar ao juiz, o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete, no exercício de seu poder disciplinar; e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da vara de execuções penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa.

Ademais, pacificando a questão no âmbito da Corte Superior, em 2015 foi editada a Súmula 533, cuja redação enuncia o seguinte:

(...) para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Ou seja, não se prescinde da defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar, passando ao largo disso o propalado “pedido de providências sigiloso”, realizado pelo magistrado, ao arrepio da ampla defesa e do contraditório, sem oportunizar ao apenado assistência de procurador habilitado.

Em situações como a dos autos, a audiência de justificação não substitui o indispensável processo administrativo instaurado previamente pelo diretor do presídio, o qual deve assegurar ao condenado, repita-se, a defesa técnica.

Deste modo, não pode vingar o argumento ministerial de que a alegação de nulidade se trata de inovação recursal, uma vez que se está diante de questão de ordem pública, a qual pode ser invocada em qualquer juízo e qualquer grau de jurisdição, tratando-se de nulidade absoluta, que não se convalida.

Do mesmo modo, não há que se falar em afronta ao princípio segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, sob a alegação de que o próprio reeducando disse em depoimento que “não fez nenhum curso”.

Ora! Ainda que pudesse se falar em confissão, é cediço que não mais vige, no Processo Penal Pátrio (cujas regras e princípios aplicam-se não só na fase de conhecimento, como também na execução da pena - art. 2º, LEP), o sistema da prova tarifada, que atribui valor absoluto a determinado meio probatório. Assim, a confissão, especialmente porque não houve procedimento com as garantias da ampla defesa e do contraditório, não pode ser tida por incontrastável e soberana, de maneira a legitimar decisão jurisdicional proferida à revelia do que determina a lei e a Constituição Federal.

A propósito, ensina, com propriedade, Guilherme de Souza Nucci (em Manual de Processo Penal e Execução Pena, ed. Forense, 14ª ed., 2017, p.961):

“(...) Estabelece o texto legal (art. 2º, LEP) que o processo de execução deve reger-se pelos dispositivos contidos na Lei de Execução Penal, bem como pelo Código de Processo Penal, o que se justifica pela intenção de se garantir ao condenado todos os princípios e direitos que o acusado, durante o processo de conhecimento, possui.

Assegura-se, portanto, a aplicação do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do direito à prova, do direito de não se autoincriminar, dentre outros, que regem o desenvolvimento regular do devido processo legal.”

Ainda, no caso, o magistrado usurpou a atribuição exclusiva do diretor do presídio para apuração e reconhecimento da falta grave (art. 59 da LEP), sendo, portanto, a toda evidência, nulo o provimento jurisdicional atacado.

Aliás, nesse sentido, fundamentando o precedente (julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos – Resp 1378557/RS) que deu origem à Súmula 533 do STJ, o Ministro Marco Aurélio Belizze, de maneira elucidativa, discorre acerca da indispensabilidade do PAD:

Nota-se que os procedimentos não se confundem. Ora, se de um lado, o PAD visa apurar a ocorrência da própria falta grave, com observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a aplicação de diversas sanções disciplinares pela autoridade administrativa; de outro, a oitiva do apenado tem como único objetivo a aplicação da sanção concernente à regressão de regime, exigindo-se, por óbvio, que já tenha sido reconhecida a falta grave pelo diretor do presídio.

Com efeito, conquanto a execução penal seja uma atividade complexa, pois desenvolve-se nos planos jurisdicional e administrativo, da leitura dos dispositivos da Lei de Execução Penal, notadamente do seu artigo 66, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, conclui-se que não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave.

Assim, embora o juiz da vara de execuções criminais possa exercer, quando revocado, o controle de legalidade dos atos administrativos realizados pelo diretor do estabelecimento prisional, bem como possua competência para determinadas questões no âmbito da execução penal, não lhe é permitido adentrar em matéria de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, no que concerne à instauração do procedimento para fins de apuração do cometimento de falta disciplinar pelo preso, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Não bastasse, posto que o procedimento administrativo disciplinar anterior à apreciação pelo juiz da execução penal é ritual previsto expressamente pela LEP, de maneira alguma pode ser suprido pela audiência de justificação.

Com efeito, a ausência do devido processo administrativo disciplinar representa afronta à legislação infraconstitucional, bem como indevida intromissão jurisdicional em atribuição exclusiva da autoridade administrativa.

Nesse contexto, fica claro que, de acordo com a LEP, é atribuição do diretor da unidade prisional a apuração e constatação de falta grave, por meio de procedimento administrativo domiciliar, em que assegurados a ampla defesa e o contraditório ao apenado, o que não foi observado no caso em análise.

Assim, apenas após esse regular procedimento é que sobrevém a competência do juiz da execução, para aplicar ou não as sanções cabíveis ao caso.

Diante deste panorama, conclui-se que a decisão ora impugnada deve ser declarada nula, uma vez que, além de incorrer em ingerência indevida na atribuição exclusivamente administrativa, feriu o princípio do devido processo legal, aplicando ao condenado sanção, com inobservância das garantias da ampla defesa e do contraditório.

Finalmente, quanto ao prequestionamento suscitado, despicienda a análise pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que foram discutidas e decididas todas as matérias necessárias ao deslinde da questão.

À vista do exposto, por infringência ao art. 59 da LEP e ao enunciado sumular número 533 do STJ, declaro nula a decisão combatida, para que, apenas após a instauração de PAD pelo diretor da unidade prisional (com observância das garantias da ampla defesa e do contraditório), onde se constate ou não a prática de falta grave pelo agravado, o juiz da execução profira decisão, aplicando, se for o caso, as sanções pertinentes. Via de consequência, nula a decisão que reconheceu a falta grave e determinou a regressão de regime, o agravante deve ser mantido no regime anterior, se por outro motivo não houver regredido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0011821-59.2017.8.12.0110 - Campo Grande
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – RESE – DESACATO – AMEAÇA – CONCURSO MATERIAL – SOMATÓRIO DAS PENAS – DECISÃO EM QUE O JUÍZO CONCLUI PELA SUA COMPETÊNCIA – IRRECORRIBILIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Da decisão que conclui pela competência do juízo, como ocorreu nos presentes autos, não cabe recurso em sentido estrito, porquanto se trata de situação que não se encaixa em nenhuma das previstas no art. 581 do CPP.

Aliás, é assente na jurisprudência que decisões desta natureza não desafiam qualquer recurso, razão por que nem há que se falar em aplicação do princípio da fungibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não conhecer do recurso em sentido estrito proposto pelo Ministério Público.

Campo Grande, 30 de outubro de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

O Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso em sentido estrito visando à reforma da decisão de f. 34-36, que indeferiu o requerimento ministerial de suscitação de conflito de competência.

Alega o *Parquet* que, em casos de concurso de crimes considerados isoladamente como de menor potencial ofensivo, ainda que o somatório das penas ultrapasse dois anos, remanesce a competência do Juizado Especial para o julgamento da causa.

Pede, por esse motivo, o provimento do recurso, “*julgando-se o Juízo Criminal Comum como incompetente para processar e julgar os presentes fatos, remetendo-o ao Juizado Especial Criminal.*”

Embora devidamente intimado, o recorrido deixou de apresentar contrarrazões.

A PGJ opina, preliminarmente, pelo não conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, visando à reforma da decisão de f. 34-36, que indeferiu o requerimento ministerial de suscitação de conflito de competência.

Alega o *Parquet* que, em casos de concurso de crimes considerados isoladamente como de menor potencial ofensivo, ainda que o somatório das penas ultrapasse dois anos, remanesce a competência do Juizado Especial para o julgamento da causa.

Pede, por esse motivo, o provimento do recurso, “*julgando-se o juízo criminal comum como incompetente para processar e julgar os presentes fatos, remetendo-o ao juizado especial criminal.*”

A PGJ opina, preliminarmente, pelo não conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

A preliminar suscitada pela PGJ deve ser acolhida.

O recurso impugna decisão interlocutória em que o juízo da 4ª Vara Criminal de Campo Grande conclui pela sua competência para processar e julgar ação penal que apura a eventual prática, pelo recorrido, do delito de ameaça (art. 147 do Código Penal), para o qual é cominada pena de detenção de 01 (um) a 06 (seis) meses ou multa, bem como de desacato (art. 331 do Código Penal), cuja pena cominada pena é de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, ou multa.

Argumenta o *Parquet* que a competência para o processamento e julgamento do feito, mesmo com a soma das penas dos referidos crimes, seria do Juizado Especial Criminal e não do juízo da 4ª Vara Criminal.

Primeiramente, transcrevo o art.581 do CPP, que prescreve as hipóteses de cabimento do RESE:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

II - que concluir pela incompetência do juízo;

III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;

IV que pronunciar o réu;

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus;

XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;

XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;

XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;

XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;

XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;

XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;

XVII - que decidir sobre a unificação de penas;

XVIII - que decidir o incidente de falsidade;

XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;

XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;

XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;

XXII - que revogar a medida de segurança;

XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;

XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.

Como se vê, da decisão que conclui pela competência do juízo, como ocorreu nos presentes autos, não cabe recurso em sentido estrito, porquanto se trata de situação que não se encaixa em nenhuma das previstas pela precitada norma legal.

Aliás, é assente na jurisprudência que decisões desta natureza não desafiam qualquer recurso, razão por que nem há que se falar em aplicação do princípio da fungibilidade.

Nesse sentido:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – AMEAÇA, RESISTÊNCIA E DESACATO – ARTIGOS 147, 329 E 331 – CONCURSO DE CRIMES – Não cabe recurso da decisão que conclui pela competência do juízo. Recurso não conhecido. (TJ-RS – RC 71001819960 RS, Relator: Angela Maria Silveira, Data de Julgamento: 13/10/2008, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/10/2008)

EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSO PENAL – CTB, ARTS. 303 E 306 – CONCURSO MATERIAL SOMATÓRIO- DAS REPRIMENDAS MÁXIMAS – SUPERIOR A DOIS ANOS – COMPETÊNCIA – JUÍZO COMUM CONEXÃO CPP, ART. 76, III REJEIÇÃO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – RECURSO DE APELAÇÃO NÃO RECEBIDO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INOCORRÊNCIA ORDEM DENEGADA.

Praticados delitos de menor potencial ofensivo em concurso material, se o somatório das penas máximas abstratas previstas para os tipos penais ultrapassar 2 (dois) anos, afastada estará a competência do juizado especial, devendo o feito ser instruído e julgado por juízo comum. Precedentes.

Consoante preceitua o artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal, a competência será determinada pela conexão quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra, impondo-se a reunião do processo no caso em concreto, face os princípios da celeridade e da economia processual.

A decisão que rejeita exceção de incompetência não se encontra no rol das atacáveis por recurso em sentido estrito. Nem sendo interlocutória mista ou terminativa,

é inapelável. Destarte, só pode ser atacada através de habeas corpus ou em preliminar de eventual apelação” (TJMS. *Habeas Corpus* nº 1404576-22.2015.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 19/05/2015, p: 20/05/2015)

Com esses apontamentos, acolho a preliminar suscitada pela PGJ e deixo de conhecer do recurso.

Por fim, quanto ao prequestionamento, despicienda análise específica e pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que foram discutidas e decididas todas as matérias essenciais ao deslinde da questão.

Pelas razões expendidas, não conheço do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do recurso em sentido estrito proposto pelo Ministério Público.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 30 de outubro de 2018.

3ª Câmara Criminal**Carta Testemunhável nº 1601120-75.2018.8.12.0000 - Dourados****Relator Des. Jairo Roberto de Quadros**

EMENTA – CARTA TESTEMUNHÁVEL – REQUERIMENTO CONTRA DECISÃO QUE INADMITIU AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL POR SER INTEMPESTIVO – INSURGÊNCIA QUE CORRESPONDE A PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE PEDIDO ANTERIOR, CUJO PRAZO DE 05 CINCO DIAS TRANSCORREU HÁ MAIS DE ANO – INEXISTÊNCIA DE MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL NA SITUAÇÃO DO REEDUCANDO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, COM O PARECER.

O prazo para interposição do recurso de agravo em execução penal é de cinco dias, consoante artigo 586 do Código de Processo Penal e da Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal.

Evidenciada a extemporaneidade do agravo em execução interposto em favor do reeducando, porquanto trazido a juízo quando ultrapassado mais de um ano da prolação do primeiro pronunciamento acerca da matéria, a decisão que inadmitiu o recurso deve ser mantida.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Com o parecer, recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de setembro de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de carta testemunhável apresentada por Gabriel Matos Gorgues contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, que, com fundamento no art. 639, inciso I, do Código de Processo Penal, não recebeu o agravo de execução por ele interposto, sob o argumento de ser intempestivo.

Alega o requerente, em síntese, que agravo de execução foi interposto tempestivamente contra decisão que indeferiu pedido de modificação da pena restritiva de direitos. Aduz que o pleito não corresponde a pedido de reconsideração de indeferimento anterior, pois baseado em situação fática diversa.

Pretende o conhecimento e provimento do pedido, a fim de que seja determinado o processamento do agravo de execução, bem como que seja provido para converter a pena de prestação de serviços à comunidade em prestação pecuniária (f. 01-07).

O *Parquet*, em contrarrazões, pugna pelo não conhecimento da presente carta testemunhável, por ser intempestivo o agravo de execução e, no mérito, pelo acolhimento do pedido, a fim de alterar a modalidade da pena restritiva de direitos (f. 40-53).

Em parecer, a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo conhecimento da carta testemunhável e, no mérito, pelo seu improvimento (f. 59-64).

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de carta testemunhável apresentada por Gabriel Matos Gorgues concernente à decisão proferida pelo juízo de direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, que, com fundamento no artigo 639, inciso I, do Código de Processo Penal, não recebeu o agravo de execução interposto, sob o fundamento de ser intempestivo.

Alega o requerente, em síntese, que o agravo foi interposto tempestivamente contra decisão que indeferiu pedido de modificação da pena restritiva de direitos. Aduz que o pleito não corresponde a pedido de reconsideração de indeferimento anterior, pois baseado em situação fática diversa.

Pretende o conhecimento e provimento do pedido, a fim de que seja determinado o processamento do agravo de execução, bem como que seja provido para converter a pena de prestação de serviços à comunidade em prestação pecuniária (f. 01-07).

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão deduzida não comporta guarida.

O escopo da presente carta testemunhável é a reforma do *decisum* para que o agravo seja recebido, processado e, ao final, provido, com substituição da pena restritiva de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária.

O recurso preenche os respectivos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Gabriel de Matos Gorgues foi condenado pela prática do crime tipificado no artigo 16 da Lei nº 10.826/03 à pena de 03 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, substituída por duas restritivas de direitos.

Realizada a audiência admonitória nos autos da Guia de Execução nº 0001897-26.2014.8.12.0014, foram definidas as penas de prestação pecuniária, consistente em pagamento de 01 (um) salário mínimo ao conselho da comunidade, bem como prestação de serviços à comunidade (f. 51 da guia de recolhimento).

Sucedendo que, após fazer o pagamento da prestação pecuniária e cumprir as demais determinações, o reeducando alegou que “*pela peculiaridade de seu trabalho no qual não possui data certa para permanecer em cada estado ou cidade onde se exija estar para desenvolver sua atividade profissional está impossibilitado de atender a prestação de serviços a comunidade*”, solicitando com essa justificativa a fixação de pena substitutiva diversa (f. 85-86 da GR).

Verifica-se que o magistrado singular indeferiu aludido pleito na data de 28/03/2017 (f. 102-104 da GR), restando o agravante intimado da decisão em 29/03/2017 (f. 106 da GR), cujo prazo para recorrer esgotou-se em 04/04/2017.

Posteriormente, em 18/04/2018, o reeducando constituiu novo advogado, o qual apresentou requerimento ao juízo da execução, aduzindo não se tratar de pedido de reconsideração, tendo em vista uma alegada *alteração fática*. Argumentou que:

(...) a prestação de serviços à comunidade tem se tornado inviável, eis que seu contrato de trabalho é de experiência e seus deslocamentos para visita de propriedades rurais ocorrem a partir da necessidade dos produtores rurais e não de prévio agendamento.

Acresceu, ainda, ter cumprido 680 horas de prestação de serviços à comunidade de um total de 1095 horas, o que possibilitaria a conversão do remanescente em prestação pecuniária.

O pleito, entretanto, foi indeferido nos seguintes termos:

I) O fato do requerente estar em período de experiência e trabalhar em horários incertos e alternados não constitui motivo suficiente para ensejar a alteração da reprimenda, sob pena de a tornar inócua;

II) Ademais, é possível o cumprimento da prestação de serviços em horários diversos, o que é compatível com a flexibilidade do horário do labor do apenado;

III) Diante disso, mantenho a decisão de f. 102-4 pelos seus próprios fundamentos.

Houve, então, a interposição do recurso de agravo em execução, ao qual se negou seguimento diante de intempestividade, tendo em vista o julgador ter considerado como pedido de reconsideração o pleito apresentado em 18/04/2018, no qual foi mantida a decisão que indeferiu o pedido de substituição da prestação de serviço por pecuniária.

Curial ressaltar, nesse ponto, que as decisões do juízo de execuções penais têm características especiais, que as distinguem daquelas proferidas nos processos comuns.

Sobre a questão, Renato Marcão giza:

[...] o processo de execução criminal não tem forma nem figura de juízo. As decisões não têm força de coisa julgada e podem ser revistas, na medida em que a situação processual do sentenciado se modifique. Daí decorre não poderem ser, necessariamente, consideradas sentenças, mas simples despachos, embora cercados, como toda manifestação judicial, de força coativa entre as partes.¹

Assim, tem-se que, modificada a condição pessoal ou processual do reeducando, é possível sua revisão pelo próprio juízo de execução.

Ocorre que, a despeito dos argumentos preliminarmente espelhados no segundo pedido do sentenciado, assim como nesta carta testemunhável, observa-se não ter havido fato novo a alterar a situação do reeducando.

Vale dizer, a falta de insurgência contra a decisão anterior, da qual a defesa foi intimada em 30.03.2017, fez precluir a matéria relativamente ao aludido pleito, até que a situação do agravante se modifique de fato.

¹ MARCÃO, Renato. *Lei de execução penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 178.

O pedido apresentado pelo novo patrono do agravante traz substancialmente a mesma situação jurídica anterior, tratando-se de pedido de reconsideração, em que pese o esforço de emprestar-lhe nova roupagem.

Como ressaltou o Procurador de Justiça (f. 62), transcorrido o período de pouco mais de 01 (ano), o testemunhante apresentou pedido novamente, versando sobre a mesma questão, ou seja, a modificação da modalidade de pena restritiva de direito, aduzindo ser incompatível com a atividade laboral que exerce, tratando-se na verdade de pedido de reconsideração da decisão anteriormente exarada.

Nesse cenário, emerge que o agravo de execução (Autos nº 0004942-35.2018.8.12.0002) se afigura realmente intempestivo, cujo prazo de cinco dias, nos termos do artigo 586 do Código de Processo Penal² e da Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal³, foi em muito ultrapassado.

E, sabe-se, pedido de reconsideração não interrompe, tampouco suspende o prazo recursal. Nesse diapasão o posicionamento adotado nesta Corte de Justiça quando do julgamento do Agravo Criminal nº 2004.014024-1/0000-00:

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – ART. 197 DA LEP – INTERPOSIÇÃO DE DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – INTEMPESTIVIDADE – NÃO-CONHECIMENTO.

Interposto o agravo criminal previsto no art. 197 da Lei 7.210/84, de decisão que indefere pedido de reconsideração, não se conhece dele, por intempestivo. O pedido de reconsideração não interrompe o prazo recursal.

De semelhante tom no julgamento do Agravo Criminal nº 2007.003381-1/0000-00:

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – ART. 197 DA LEP – INTERPOSIÇÃO DE DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – INTEMPESTIVIDADE – NÃO-CONHECIMENTO.

Interposto o agravo criminal previsto no art. 197 da Lei 7.210/84, de decisão que indefere pedido de reconsideração, não se conhece dele, por intempestivo. O pedido de reconsideração não interrompe o prazo recursal.

E disso não destoa o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante arestos abaixo colacionados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTEMPESTIVIDADE. O pedido de reconsideração não reabre o prazo para oferecimento do agravo. Recurso não conhecido. (STJ - Recurso Especial (RESP) - Nº 293037 - TO - RIP: 200001335260 - Rel. Ruy Rosado de Aguiar - Turma: Quarta Turma - J. 07/06/2001 - DJ. A:2008/20) (grifei)

PROCESSO CIVIL – PRECLUSÃO. Preclusa a questão, o pedido de reconsideração não presta para reativá-la. Agravo regimental não provido. (STJ - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento (AGA) - Nº 240471 - SP - RIP: 199900362039 - Rel. Ari Pargendler - Turma: Terceira Turma - J. 26/10/2000 - DJ. A:27/11/20) (grifei)

Destarte, evidenciada a extemporaneidade do agravo em execução interposto em favor de Gabriel de Matos Gorgues, porquanto trazido a juízo quando ultrapassado mais de um ano da prolação do primeiro pronunciamento acerca da matéria, a decisão deve ser mantida.

² “Art. 586. O recurso voluntário poderá ser interposto no prazo de cinco dias.”

³ “É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal.”

No tocante ao prequestionamento, mister ressaltar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 27 de setembro de 2018.

2ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0011244-83.2018.8.12.0001/50000
Campo Grande
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – FUGA – REGRESSÃO PARA O REGIME FECHADO – REGIME INICIAL SEMIABERTO – PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO DURANTE O CURSO DA EXECUÇÃO PENAL – POSSIBILIDADE – PERDA DOS DIAS REMIDOS – RECONTAGEM E ALTERAÇÃO DE DATA-BASE – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Ao optar pela evasão da unidade prisional, sem qualquer justificativa plausível ou aceitável, o reeducando culmina por perpetrar falta de natureza grave, consoante artigo 50, II, da Lei de Execução Penal, possibilitando, como corolário, a incidência do disposto no artigo 118, I, do referido diploma legal, concernente à regressão a regime mais gravoso, mesmo porque a concreta comprovação da prática de falta desse naípe revela a falta de preparo para permanência em regime mais ameno, mostrando-se consentânea a medida enfocada.

A regressão prisional pelo cometimento de falta grave não se afigura desproporcional, tampouco se trata de mera transferência ao regime mais severo, mas, em verdade, tem por escopo, ante a ausência de senso de ajustamento à convivência social, aplicar sanções legais ao reeducando, com o fim pedagógico de incutir a percepção de que, por indisciplina e falta de responsabilidade, frustrou o cumprimento da reprimenda, revelando-se impossível a paulatina reinserção social, além de propiciar reflexão acerca do processo de ressocialização, para que, posteriormente, adquira a confiança do Estado para obtenção de nova progressão.

Por conseguinte, e segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que o reeducando tenha progredido para o regime aberto durante o trâmite da execução da pena, a regressão para regime fechado se afigura cabível, diante da falta grave cometida, pois trata-se de medida eficaz ao alcance da finalidade social almejada, em consonância com o artigo 118, I, da Lei de Execuções Penais, que permite a transferência para quaisquer dos regimes prisionais mais rigorosos.

A perda de 1/3 dos dias remidos, bem como o reinício da contagem do prazo para a obtenção de benefícios futuros, é medida que se impõe, *ex vi* do artigo 127 da Lei de Execuções Penais, mormente considerando o longo interstício em que o sentenciado esteve foragido.

A data-base para a progressão de regime deve corresponder à data da recaptura do reeducando, mesmo porque o tempo em que permaneceu evadido não pode ser contado como pena cumprida.

O fato de ter sido encaminhada guia de execução para o Juízo da Vara Criminal de Aparecida de Goiânia/GO não tem o condão de afastar a competência do Juízo da Vara de Execução Penal do interior desta Capital, em razão do período em que o embargante empreendeu fuga e, portanto, cometeu a falta grave, aliado ao fato que a atuação do magistrado na comarca em que o reeducando cumpre pena atualmente é administrativa. Ademais, o caso não versa sobre incidente superveniente ao encaminhamento da guia, e sim a fatos ocorridos em momento pretérito, ou seja, quando o reeducando ainda cumpria sua pena neste Estado. Por conseguinte, tratando-se de incidente, falta

grave ou crime desenvolvido durante o cumprimento de pena nesta unidade da Federação, compete ao juízo estadual de origem decidir a questão posta à apreciação.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna desprovida a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Com o parecer, recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 8 de outubro de 2018.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Saulo Pereira da Silva opõe embargos infringentes, porquanto irrequieto com o posicionamento exarado no acórdão (f. 107-110) da primeira câmara criminal deste Sodalício, que, por maioria, com o parecer, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, para o fim de reconhecer a falta grave e determinar a regressão para o regime mais gravoso (fechado), com a consequente perda de dias remidos e alteração da data-base para a concessão de novos benefícios.

Visa, com os embargos, a prevalência do voto vencido do 2º vogal, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, que votou pelo improvimento do recurso ministerial.

Aduz que após a prolação da decisão que acolheu a justificativa do réu e restabeleceu o regime semiaberto, proferida em 12.03.2018, o embargante obteve nova progressão, estando atualmente cumprimento pena em outro Estado da Federação, mais precisamente na cidade de Aparecida de Goiânia/GO, em regime aberto.

Em razão disso, alega que a regressão do regime aberto para o fechado caracterizaria regressão *per saltum*, vedado no ordenamento jurídico.

Acrescenta que no mês de maio do corrente ano foi encaminhada guia de recolhimento do embargante para cumprimento da pena na comarca de Aparecida de Goiânia/GO, situação que excluiria a competência da execução penal deste Estado de Mato Grosso do Sul.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 15-19) pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

VOTO (EM 08/10/2018)

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Saulo Pereira da Silva, porquanto irresignado com o posicionamento realçado no acórdão (f. 107-110) da Primeira Câmara Criminal deste Sodalício, que, por maioria, com o parecer, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, para o fim de reconhecer a falta grave e determinar a regressão para o regime mais gravoso (fechado), com a consequente perda de dias remidos e alteração da data-base para a concessão de novos benefícios.

Visa, com os embargos, a prevalência do voto vencido do 2º vogal, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, pelo improvimento do recurso ministerial.

Exsurge deste caderno que o juízo *a quo* regrediu cautelarmente o regime prisional do embargante para o fechado, em razão de fuga empreendida na data de 14.09.2015, com a determinação para instauração de procedimento administrativo disciplinar (f. 9-10 e 14).

Na data de 12 de março de 2018 foi restabelecido o regime semiaberto, com acatamento da justificativa apresentada pelo reeducando em audiência (f. 72-74).

Contra o respectivo *decisum*, o Ministério Público Estadual manejou agravo em execução penal, que foi provido, por maioria, em julgamento realizado na data de 07 de agosto de 2018, para regredir o regime para o fechado, com a perda dos dias remidos e alteração da data-base.

A correspondente ementa restou assim formalizada:

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – COMETIMENTO DE FALTA GRAVE (FUGA) – MANUTENÇÃO DO REEDUCANDO NO MESMO REGIME – PRETENSÃO DE REGRESSÃO – RECURSO PROVIDO.

A evasão (fuga) do estabelecimento prisional constitui falta grave, como expressamente determina do art. 50, II, da Lei de Execução Penal. E mais: o cometimento de referida falta grave nos remete ao art. 118, I, da lei de regência, a qual determina a regressão ao regime mais gravoso.

Recurso provido para o fim de reconhecer a falta grave e determinar a regressão para o regime mais gravoso (fechado), com a consequente perda de dias remidos e alteração da data-base para a concessão de novos benefícios.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

O embargante pretende a prevalência do voto do 2º vogal, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, que negou provimento recurso ministerial, para evitar a regressão *per saltum* de regime, e também por considerar que o juízo da vara de execução penal do interior desta Capital não teria competência para análise do pleito, pois no mês de maio deste ano corrente a guia de recolhimento do reeducando foi encaminhada para a comarca de Aparecida de Goiânia/GO.

Nada obstante o respeito devido à divergência, a pretensão recursal em tela não comporta guarida.

Mister se faz salientar, inicialmente, que a evasão do agravante restou incontroversa, incorrendo, pois, em falta de natureza grave, nos exatos termos do artigo 50, inciso II, da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - (...);

II - fugir;

Questionado em audiência de justificação a tanto designada (videoconferência Autos de origem nº 0004667-11.2013.8.12.0019 - f. 373-375), externou que “*quebrou porque a vida estava difícil, pagava R\$ 40,00 por dia, mais R\$ 10,00 de refeição, mas principalmente em razão de possuir um desafeto que o ameaçou de morte, o que motivou sua saída da cidade, quando passou a trabalhar em Goiânia com carteira de trabalho assinada durante o período da fuga*”, ou seja, justificativa que não comporta acatamento, tampouco possui o condão de obstaculizar a configuração da falta grave em comento, máxime considerando a ausência de comprovação do alegado.

Não bastasse, o fato de o reeducando não registrar outras faltas disciplinares, consoante registrou o juízo singular na audiência de justificação, não é motivo bastante para afastar a possibilidade da regressão.

Registre-se o longo período em que ficou foragido, pois empreendeu fuga em 10 de setembro de 2015, ao passo que sua recaptura ocorreu tão somente na data de 16 de junho de 2017, totalizando mais de 01 ano e 09 meses.

Nesse contexto, não há como acolher a justificativa apresentada e impedir a regressão, notadamente porque aludido reeducando não demonstra comportamento satisfatório em regime mais brando, tornando inevitável, por corolário, a incidência do disposto no artigo 118, inciso I, do diploma legal em tela:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

Insta salientar, face outra, que o cumprimento da pena tem como meta a ressocialização e a reinserção do reeducando, sem, todavia, inobservar o caráter punitivo que ostenta, a ser afastado diante da demonstração de aptidão à manutenção em regime menos gravoso, enfim, hipótese não vislumbrada no caso em pauta. A concreta comprovação da prática de falta grave revela a falta de preparo para permanência em regime menos gravoso, mostrando-se plausível a regressão de regime.

Nesse contexto, tal como enfatizado no julgamento do Agravo de Execução nº 0001976-91.2017.8.12.0016, de minha relatoria, a regressão prisional pelo cometimento de falta grave não se trata de mera transferência ao regime mais severo, mas, em verdade, tem por escopo, ante a ausência de senso de ajustamento à convivência social, aplicar sanções legais ao reeducando, com o fim pedagógico de incutir a percepção de que, por indisciplina e falta de responsabilidade, frustrou o cumprimento da reprimenda, revelando-se impossível a paulatina reinserção social, além de propiciar reflexão acerca do processo de ressocialização, para que, posteriormente, adquira a confiança do Estado para obtenção de nova progressão.

Trata-se de medida eficaz ao alcance da finalidade social da pena, em consonância com o artigo 118, I, da Lei de Execuções Penais, que permite a transferência, para quaisquer dos regimes prisionais mais rigorosos, quando há o cometimento de falta grave pelo apenado.

Nesse diapasão, inclusive, o entendimento realçado nesta Corte de Justiça quando do julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0001936-52.2016.8.12.0014, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques:

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DA DEFESA – REGRESSÃO PER SALTUM DE REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE – ART. 118 DA LEP – DESPROVIDO, COM O PARECER. O art. 118, I, da Lei de Execução Penal, estabelece que o apenado ficará sujeito à transferência para qualquer dos regimes mais gravosos quando praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, não havendo que se observar uma sequência obrigatória tal qual a forma progressiva estabelecida no art. 112 do normativo em referência. Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

E disso não destoa o entendimento firmado no julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0033051-33.2016.8.12.0001, despontando do voto condutor, proferido pelo eminente relator, Des. Dorival Moreira dos Santos, o seguinte excerto, aplicável ao caso em tela:

No que se refere a alegação de impossibilidade de regressão a regime mais grave que aquele fixado na sentença condenatória, melhor sorte não assiste ao agravante.

Consoante disposto no art. 118, I, da LEP, a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

Uma vez que o apenado praticou falta grave (evasão), deve ter regredido o seu regime de cumprimento de pena, diante da expressa previsão legal, além de que agindo de maneira contrária, não se chegaria à finalidade do sistema prisional brasileiro, que é o de reeducar o cidadão que temporariamente vem se mostrando nocivo para a sociedade.

Da construção emanada do Superior Tribunal de Justiça igualmente vislumbram-se os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO – COMETIMENTO DE FALTA GRAVE – REGRESSÃO PER SALTUM DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem adotado a orientação de que o art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal, estabelece que o apenado ficará sujeito à transferência para qualquer dos regimes mais gravosos quando praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, não havendo que se observar a forma progressiva estabelecida no art. 112 do normativo em referência (AgRg no REsp 1575529/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/06/2016, DJe 17/06/2016).

2. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp 1632060/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO – MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL – RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL – EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL – 2. EXECUÇÃO PENAL – REGRESSÃO PER SALTUM DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

A execução da pena sujeita-se à forma regressiva, podendo o condenado ser transferido para qualquer dos regimes previstos no art. 33 do Código Penal, consoante

a redação do art. 118 da Lei de Execução Penal. Assim, não é necessária a observância da forma progressiva descrita no art. 112 da Lei nº 7.210/1984, competindo ao julgador analisar as circunstâncias do caso e decidir o regime adequado à espécie. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 283.199/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, j. 25/02/2014)

HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO DA PENA – FALTA GRAVE – REGRESSÃO DE REGIME – PASSAGEM DO REGIME ABERTO PARA O REGIME FECHADO – SUPOSTA ILEGALIDADE NA REGRESSÃO PER SALTUM – FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

A execução da pena se submete à forma regressiva. Por isso, o condenado pode ser transferido para qualquer dos regimes previstos no art. 33, do Código Penal, dependendo de avaliação do Juízo das Execuções ou do Tribunal das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto para decidir o regime adequado. 3. Habeas Corpus não conhecido. (HC 273.726/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª Turma, j. 25/03/2014)

PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – REGRESSÃO PER SALTUM DE REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE.

O art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal, estabelece que o apenado ficará sujeito à transferência para qualquer dos regimes mais gravosos quando praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, não havendo que se observar a forma progressiva estabelecida no art. 112 do normativo em referência. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp. 1.575.529/MS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 07/06/2016)

Diante desse cenário, a contrapartida pelo comportamento que emerge como falta de natureza grave é a regressão de regime, *ex vi* do art. 118, I, da LEP, ensejando ao reeducando reflexão acerca do processo de ressocialização, para que, posteriormente, cumpridos os requisitos inerentes, adquira novamente a confiança do Estado e obtenha a progressão.

Sob outro ângulo, a perda de 1/3 dos dias remidos, bem como o reinício da contagem do prazo para a obtenção de benefícios futuros, é medida que se impõe, consoante artigo 127 da Lei de Execuções Penais, mormente considerando a confiança depositada para o cumprimento da pena em regime de menor vigilância.

Da mesma forma, não comporta acatamento pretensão a não alteração da data-base para a progressão de regime, uma vez que esta deve corresponder à data da recaptura do reeducando, mesmo porque o tempo em que permaneceu evadido não pode ser contado como pena cumprida.

Gize-se, a propósito, o posicionamento vislumbrado neste Sodalício no julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0025652-79.2018.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE – MARCO INICIAL – DATA DA ÚLTIMA PRISÃO – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ (RESP 1.557.461/SC e HC 381.248/MG) – RECURSO DESPROVIDO.

A e. Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp nº 1.557.461/SC, Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, e no Habeas Corpus nº 381.248/MG, com relator para o acórdão o Ministro Sebastião Reis Júnior, modificou a orientação anterior e estabeleceu como marco inicial para a concessão de benefícios na execução, após a unificação de

penas, a data do cometimento da última falta grave ou a prisão do apenado, caso este estivesse em liberdade em decorrência de fuga.

No mesmo tom quando do julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0016991-14.2018.8.12.0001, Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago:

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – COMETIMENTO DE FALTA GRAVE (FUGA) – MANUTENÇÃO DO REEDUCANDO NO MESMO REGIME – PRETENSÃO DE REGRESSÃO – RECURSO PROVIDO.

A evasão (fuga) do estabelecimento prisional constitui falta grave, como expressamente determina do art. 50, II, da Lei de Execução Penal. E mais: o cometimento de referida falta grave nos remete ao art. 118, I, da lei de regência, a qual determina a regressão ao regime mais gravoso.

Recurso provido para o fim de reconhecer a falta grave e determinar a regressão para o regime mais gravoso (fechado), com a consequente perda de dias remidos e alteração da data-base para a concessão de novos benefícios.

No mesmo sentido:

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FUGA DO ESTABELECIMENTO PENAL – EVASÃO DO REGIME SEMIABERTO – FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA – REGRESSÃO DO REEDUCANDO AO REGIME FECHADO E DEMAIS CONSEQUÊNCIAS DA INFRAÇÃO PRATICADA – RECURSO PROVIDO, COM O PARECER.

A evasão do estabelecimento prisional constitui falta grave, a teor do art. 50, II, da Lei de Execução Penal. Tal infração remete à aplicação do art. 118, I, da mesma Lei, que sujeita, em regra, à regressão ao regime mais gravoso.

Recurso provido para o fim de reconhecer a falta grave e determinar a regressão para o regime mais gravoso (fechado), com a consequente perda de 1/3 de eventuais dias remidos e alteração da data-base para a concessão de progressão de regime prisional. (TJMS, Agravo de Execução Penal nº 0021245-30.2018.8.12.0001, Relator Luiz Gonzaga Mendes Marques)

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – FALTA GRAVE – FUGA DO ESTABELECIMENTO PENAL – JUSTIFICATIVA AFASTADA – REGRESSÃO DO REEDUCANDO AO REGIME FECHADO – CONSEQUÊNCIA DA CONDUTA PERPETRADA – RECURSO PROVIDO. 1. A evasão (fuga) do estabelecimento prisional constitui falta grave a teor do art. 50, II, da Lei de Execução Penal. Tal infração remete à aplicação do art. 118, I, da lei de regência, que sujeita, em regra, à regressão ao regime mais gravoso. 2. A regressão a regime mais severo é consequência necessária, conforme dispõe com clareza o artigo 118, inciso I, da LEP 3. Recurso provido para o fim de reconhecer a falta grave e determinar a regressão para o regime mais gravoso (fechado), com a consequente perda de dias remidos e alteração da data-base para a concessão de novos benefícios. (TJMS, Agravo 0015303-17.2018.8.12.0001, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j. 26/06/2018)

Por fim, o fato de ter sido encaminhada guia de execução para o juízo da vara criminal de Aparecida de Goiânia/GO não tem o condão de afastar a competência do Juízo da Vara de Execução Penal do interior desta Capital, em razão do período em que o embargante empreendeu fuga e, portanto, cometeu

a falta grave, aliado ao fato que a atuação do magistrado na comarca em que o reeducando cumpre pena atualmente é administrativa.

Nesse diapasão, o parecer ministerial apontou que:

(...) No que concerne ao deslocamento de competência, verifica-se o réu de fato cumpre pena em Aparecida de Goiânia/GO (f. 407, autos nº 0004667-11.2013.8.12.0019). No entanto, nos termos do art. 65 da LEP, a execução penal compete ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença. Tramitando o processo de execução penal neste Estado da Federação, é certo que a atuação do magistrado na Comarca em que o reeducando cumpre a execução penal é meramente administrativa, limitando-se apenas informar sobre a existência de vagas e do cumprimento do mandado de prisão.

Ademais, o caso não versa sobre incidente superveniente ao encaminhamento da guia, e sim a fatos ocorridos em momento pretérito, ou seja, quando o reeducando ainda cumpria sua pena neste Estado. Por conseguinte, tratando-se de incidente, falta grave ou crime desenvolvido durante o cumprimento de pena nesta unidade da Federação, compete ao juízo estadual de origem decidir a questão posta à apreciação.

No tocante ao prequestionamento, impende ressaltar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Dispositivo

Ante o exposto, com o parecer, conheço dos embargos infringentes em tela, mas nego-lhes acatamento.

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

A Sr^a. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (2º vogal)

Data vênia, divirjo do Relator, Des. Jairo Roberto de Quadros, para manter integralmente meu voto proferido em apelação. (f. 107-110)

“(...) Em uma detida análise dos autos, ousou divergir do Relator:

É que o decurso do lapso temporal mudou a realidade fática processual.

Com efeito. Contata-se na origem que após a prolação da decisão, ora agravada, o agravado Saulo obteve a progressão ao regime aberto.

Desta forma, o feito comportaria no máximo o provimento parcial do pedido do Ministério Público para que Saulo fosse regredido ao regime semiaberto, evitando-se a regressão per saltum de regime.

Se tal não bastasse, observa-se ainda que no mês de maio a guia de recolhimento foi enviada a comarca da Aparecida de Goiânia-GO, não sendo mais a execução penal de competência do juízo de origem.

Desta forma, contra o parecer, nego provimento ao recurso do Ministério Público Estadual. (...)”

Diante do exposto, voto pelo provimento dos embargos infringentes, para prevalecer o voto minoritário.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Geraldo de Almeida Santiago, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 8 de outubro de 2018.

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0028030-08.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO POR ESTUDO – ARTIGO 126 DA LEI Nº 7.210/1984 E RECOMENDAÇÃO Nº 44/2013 DO CNJ – APROVAÇÃO MERAMENTE PARCIAL – BENEFÍCIO INAPLICÁVEL – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O fato de a legislação de regência não espelhar, expressamente, previsão de aprovação no exame nacional do ensino médio ou fundamental, Enem ou Encceja, como causa apta à remição, não induz necessária e automaticamente à rejeição da pretensão neste particular deduzida, máxime considerando a possibilidade de interpretação extensiva *in bonam partem* do artigo 126, da Lei de Execução Penal, e à luz da Recomendação nº 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

No entanto, a mera frequência, por si só, não se revela apta a atingir a finalidade precípua do benefício, independentemente da assiduidade ou da conclusão final, pois o objetivo visado é incentivar o efetivo aproveitamento, e, nessa toada, a concessão da remição por estudo se mostra vinculada à concreta aprovação do reeducando, inexistindo, portanto, qualquer previsão de deferimento nas hipóteses em que se vislumbra aprovação apenas parcial.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Com o parecer, agravo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Nilton da Rosa Silva contra decisão (f. 10) que indeferiu seu pedido de remição pelo estudo, com base na declaração parcial de proficiência para o ensino fundamental.

Aduz, em suma (f. 27-35), estarem preenchidos os requisitos inerentes e, assim, faz jus à remição de parte do tempo de execução da pena por estudo, nos termos do artigo 126 da Lei 12.433/11 e Recomendação 44/2013 do CNJ.

Contrarrazões (f. 39-43) pelo desprovimento do recurso.

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 44).

Posicionou-se a Procuradoria Geral de Justiça (f. 53-56) pelo conhecimento e desprovimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Nilton da Rosa Silva contra decisão (f. 10) que indeferiu seu pedido de remição pelo estudo, com base na declaração parcial de proficiência para o ensino fundamental.

Aduz, em suma (f. 27-35), estarem preenchidos os requisitos inerentes e, assim, faz jus à remição de parte do tempo de execução da pena por estudo, nos termos do artigo 126 da Lei 12.433/11 e Recomendação 44/2013 do CNJ.

Contrarrazões (f. 39-43) pelo desprovimento do recurso.

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 44).

Posicionou-se a Procuradoria Geral de Justiça (f. 53-56) pelo conhecimento e desprovimento do agravo.

Pois bem. Mister se faz salientar, inicialmente, que o fato de a legislação de regência não espelhar, expressamente, previsão de aprovação no exame nacional do ensino médio, Enem ou Encceja, como causa apta à remição, não induz necessária e automaticamente à rejeição da pretensão neste particular deduzida, máxime considerando a possibilidade de interpretação extensiva *in bonam partem* do artigo 126, da Lei de Execução Penal.

Nesse diapasão, inclusive, o entendimento emanado do Superior Tribunal de Justiça, dando conta da viabilidade da concessão por conta de atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva *in bonam partem*. Gize-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO PELA LEITURA – POSSIBILIDADE – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Hipótese em que o reeducando teve remidos quatro dias de sua reprimenda privativa de liberdade pela leitura, nos termos da Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de ser viável a concessão da remissão por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva in bonam partem do artigo 126 da Lei de Execução Penal.

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 696637/SP; Relator: Ministro Jorge Mussi; Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma; Data do Julgamento: 23/02/2016; Data da Publicação/Fonte: DJe 04/03/2016)

Aliás, tais atividades, ainda que não expressas na lei, são abordadas pela Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, que, em seu artigo 1º, inciso IV, assim estampa:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:

(...)

IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio;

Da decisão monocrática do Ministro Jorge Mussi no julgamento do HC 386875 RS 2017/0019589-7, destacam-se os seguintes arestos da Corte da Cidadania, igualmente aplicáveis ao caso versando:

EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – REMIÇÃO DA PENA – ART. 126 DA LEI N. 7.210/1984 – EXECUÇÃO PENAL – RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ – APROVAÇÃO NO ENEM E NO ENCCEJA – APENADO VINCULADO A ATIVIDADES REGULARES DE ENSINO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN BONAM PARTEM – POSSIBILIDADE – MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, como resultado de uma interpretação analógica in bonam partem da norma inserta no art. 126 da LEP, possui entendimento de que é possível a hipótese de abreviação da reprimenda em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal.

3. A Recomendação n. 44/2013 do CNJ indica aos Tribunais a possibilidade de remição por aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (Enem).

4. In casu, diante da possibilidade de interpretação extensiva in bonam partem, entende-se que cabe a remição até mesmo para presos que estudam por conta própria, não havendo falar em afastamento da possibilidade da concessão da benesse

aos apenados que estejam vinculados a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento. (grifo nosso)

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer o direito do paciente à remição da pena pela aprovação no Encceja (Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos) e no Enem (Exame Nacional do Ensino Médio). (HC 361.462/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)*

HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO DA PENA – APROVAÇÃO NO ENEM – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEP – POSSIBILIDADE – RECOMENDAÇÃO 44/2013 DO CNJ – UTILIZAÇÃO – ORDEM CONCEDIDA.

1. *A norma inserta no art. 126 da Lei de Execução Penal visa, essencialmente, à ressocialização do sentenciado, por meio do incentivo ao estudo e ao trabalho, atividades que agregam valores necessários à sua melhor reintegração na sociedade.*

Nesse contexto, uma interpretação mais ampla do art. 126 da Lei de Execução Penal, no caso, com a adoção da Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, atende aos princípios que norteiam a Lei de Execução Penal.

2. *Ordem concedida para reconhecer o direito da paciente à remição de 133 dias, em razão de sua aprovação no Enem. (grifo nosso) (HC 376.324/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017)*

Apesar disso, insta verificar que o não acatamento da pretensão recursal decorre de fundamento diverso, concernente à conclusão meramente parcial do curso. Aliás, assim restou formalizada a decisão formalizado pelo magistrado primevo:

(...) Analisando a declaração, como bem salientou o representante do Ministério Público, o sentenciado não atingiu a pontuação necessária para aprovação no exame em que realizou (Encceja), tendo em vista que só foi aprovado em três áreas de conhecimentos.

Portanto, indefiro à concessão da remição pelo estudo, tendo em vista que o sentenciado somente foi aprovado em três áreas de conhecimento, não atingindo a pontuação necessária para aprovação no exame realizado.

Como cediço, assim dispõe o artigo 126, § 1º, da Lei de Execuções Penais:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de qualificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.”

Indubitável a necessidade de se prestigiar o aprimoramento cultural do reeducando, notadamente porque o estudo consubstancia-se em instrumento adequado para ensejar positivamente sua readaptação social.

Daí por que a mera frequência a um curso, por si só, não se afigura apta a atingir a finalidade precípua do benefício, independentemente da assiduidade, do aproveitamento. Da mesma forma, a conclusão ou aprovação meramente parcial, mesmo porque o objetivo visado não é apenas incentivar frequência a cursos ou escolas, e sim o efetivo estudo e aproveitamento.

E nessa toada, em que pese o respeito devido à divergência que o tema possa suscitar, a Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, possibilita a remição por estudo ao apenado que comprovar a conclusão do ensino médio ou fundamental mediante aprovação no Enem ou Encceja, não exatamente aprovação parcial.

A propósito, o posicionamento vislumbrado neste Sodalício no julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0004049-27.2017.8.12.0019, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques:

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PLEITO DE REMIÇÃO POR ESTUDO – PARTICIPAÇÃO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM) – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DE FREQUÊNCIA ASSÍDUA E BOM APROVEITAMENTO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – RECURSO DESPROVIDO.

Faz jus a remição por estudo o condenado que comprovar, de forma eficaz, frequência regular e bom aproveitamento escolar, e não mera aprovação parcial no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem).

De semelhante tom realçou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 386875 RS 2017/0019589-7, dantes citado, oportunidade em que o Ministro Jorge Mussi assim consignou:

No tocante ao mérito deste mandamus, é necessário enfatizar que, embora este Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido a aplicabilidade da Recomendação nº 44/2013 do CNJ para fins de concessão de remição de pena com base na aprovação do condenado no Enem, inexistente qualquer previsão acerca do deferimento da benesse para o caso de parcial conclusão do mencionado exame.

Neste sentido, mencionam-se precedentes nos quais resta comprovado o entendimento esposado nesta Corte Superior, no sentido de concessão de remição aos condenados aprovados em Exame Nacional de Ensino Médio:

(...)

Logo, com base na jurisprudência acima mencionada, seguindo os ditames inseridos na Recomendação nº 44/2013 do CNJ, a possibilidade de concessão do benefício da remição da pena pela realização de estudo preparatório para o Enem só se efetiva com a concreta aprovação do condenado no mencionado exame, inexistindo qualquer previsão de deferimento da benesse para o caso do ora paciente pois, conforme noticiado nos autos, obteve ele apenas a aprovação parcial.

Portanto, inexistente constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste writ.

No caso versando, exsurge que o reeducando não atingiu a pontuação necessária para aprovação no exame realizado, obtendo aprovação, consoante salientado alhures, meramente parcial, restrita a três áreas de conhecimento, especificadas no documento carreado (f. 06).

No tocante ao prequestionamento, mister ressaltar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do agravo em tela, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0022621-90.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – EXTORSÃO E FALSA IDENTIDADE – PRELIMINAR – NULIDADE DO PROCESSO – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – REJEITADA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DOS CRIMES DE EXTORSÃO E DE FALSA IDENTIDADE – PROVAS ROBUSTAS QUE COMPROVAM AS PRÁTICAS DELITIVAS – ALMEJADA CONSUNÇÃO – CRIMES COMETIDOS DE FORMA AUTÔNOMA – INVIABILIDADE – PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – VIOLAÇÃO À SÚMULA Nº 231 DO STJ – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – DESACOLHIMENTO – PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA PELO CRIME DE FALSA IDENTIDADE – PENA CORPORAL QUE ATENDE À PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME – PRETENSÃO AFASTADA – REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA FIXADO NO SEMIABERTO – DELITOS PUNIDOS COM PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE FUSÃO – MODALIDADES DISTINTAS – ESTABELECIMENTO DO REGIME ABERTO – OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 681 DO CPP – EXECUÇÃO PRIMEIRO DA PENA MAIS GRAVE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O ato que formaliza o recebimento da denúncia não se qualifica, tampouco se equipara, para os fins a que se refere o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, a ato judicial de caráter decisório, daí por que não se exige que seja fundamentado. Preliminar rejeitada.

Havendo no caderno processual provas robustas de que a acusada atribuiu a si falsa identidade, qualificando-se como sendo terceira pessoa, com o propósito de obter vantagem indevida em proveito próprio, exigindo de um edil desta Capital o pagamento de certa quantia em dinheiro para que não divulgasse informações sobre uma suposta compra de votos, de rigor a manutenção da condenação pela prática dos crimes de falsa identidade e extorsão.

Tratando-se de delitos autônomos entre si, de modo que o crime de falsa identidade praticado pela ré não visava o cometimento do delito de extorsão, não há falar em aplicação da consunção.

A fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, além de violar a Súmula nº 231 do STJ, também afronta ao princípio da separação dos poderes, eis que o legislador, ao estabelecer o intervalo de pena cominada ao delito, determinou que o juiz fixasse a pena-base dentro deste intervalo.

Inviável a aplicação da pena alternativa de multa quanto ao crime de falsa identidade, quando a pena privativa de liberdade fixada na sentença revelar-se a que melhor atende à repressão e prevenção do delito.

A teor do disposto no art. 681 do Código de Processo Penal, “*se impostas cumulativamente penas privativas da liberdade, será executada primeiro a de reclusão, depois a de detenção e por último a de prisão simples*”, de modo que, se os crimes são apenados com reclusão e detenção, é incabível a soma das penas para fins de fixação do regime prisional, o qual deve ser analisado em separado. Assim, considerando as penas impostas e a ausência de circunstâncias desabonadoras, impõe-se o regime inicial aberto para os delitos de extorsão e falsa identidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover parcialmente por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o revisor que provia parcialmente em maior extensão. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 22 de novembro de 2018.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Heide Cristiane Santos foi condenada à 04 anos e 03 meses de detenção, e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática dos crimes de extorsão, previsto no art. 158 do CP, e falsa identidade, previsto no art. 307, também do CF.

Inconformada, recorre pleiteando, preliminarmente, a nulidade do processo por ausência de fundamentação no recebimento da denúncia.

No mérito requer a absolvição do crime de extorsão e de falsa identidade por falta de provas; ou a consunção entre os crimes de falsa identidade e extorsão; ou a fixação da pena-base aquém do mínimo legal; ou a fixação da pena alternativa de multa pelo crime de falsa identidade; ou a fixação do regime aberto em razão da impossibilidade de fusão das penas de reclusão e detenção.

O Ministério Público de 1º grau contra-arrazoa pelo improvimento recursal (f. 358-381).

A PGJ opina pelo conhecimento e improvimento recursal (f. 391-406).

VOTO (13/11/2018)

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Heide Cristiane Santos foi condenada a 04 anos de reclusão e 03 meses de detenção, e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática dos crimes de extorsão, previsto no art. 158 do CP, e falsa identidade, previsto no art. 307, também do CF.

Inconformada, recorreu pleiteando, preliminarmente, a nulidade do processo por ausência de fundamentação no recebimento da denúncia.

No mérito requereu a absolvição do crime de extorsão e de falsa identidade por falta de provas; ou a consunção entre os crimes de falsa identidade e extorsão; ou a fixação da pena-base aquém do mínimo legal; ou a fixação da pena alternativa de multa pelo crime de falsa identidade; ou a fixação do regime aberto em razão da impossibilidade de fusão das penas de reclusão e detenção.

Da preliminar de ausência de fundamentação do recebimento da denúncia.

Sobre o tema, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (*In Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. f. 1088) registra que a decisão que recebe a denúncia não deve ser excessivamente fundamentada, nesses termos:

“(...) Logicamente, não deve haver um excesso de fundamentação, até mesmo para que não haja um pré-julgamento do acusado. Porém deve o juiz manifestar-se quanto à regularidade da peça acusatória, quanto à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação. (...) prevalece na jurisprudência o entendimento de que o magistrado não está obrigado a fundamentar a decisão de recebimento da peça acusatória, até mesmo para se evitar que eventual excesso na fundamentação acarrete indevida antecipação da análise do mérito...”

A jurisprudência deste tribunal também não destoa, nesses termos:

“(...) EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESRESPEITO A OFICIAL EM SERVIÇO – AMEAÇA E DESACATO A MILITAR – PRELIMINAR DE NULIDADE – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – ATO QUE DISPENSA FUNDAMENTAÇÃO COMPLEXA – REJEITADA PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

*A decisão que recebe a denúncia, por não conter conteúdo decisório nos termos da norma insculpida no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, não exige fundamentação complexa. Precedentes dos Tribunais Superiores. Mantém-se a condenação se as provas produzidas durante a instrução harmonizam-se com os depoimentos colhidos no curso do inquérito e comprovam autoria e materialidade dos delitos narrados na inicial acusatória. O princípio da consunção é reservado aos casos em que o crime-meio é utilizado para alcançar o crime-fim. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despropositada a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. Com o parecer, recurso conhecido e não provido. (TJMS. Apelação nº 0005197-58.2017.8.12.0800, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 07/06/2018, p: 08/06/2018) *Destaco.*

No mesmo sentido o STF:

“(...) EMENTA – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÊGIDE DO CPC/1973 – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL – ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. Inexiste violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “[...] o juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, ainda que desejável e conveniente a sua motivação, não reclama, contudo, fundamentação”. Precedentes: HC 101.971, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJE de 05.9.2011; ARE 845.341-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJE de 28.9.2015; HC 138.413-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJE de 16.3.2017; RE 929.795-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJE de 24.3.2017. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 749864 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber,

Primeira Turma, julgado em 01/09/2017, Processo Eletrônico DJe-219 Divulg 26-09-2017 Public 27-09-2017) *Destaco.

No caso dos autos, o magistrado singular recebeu a denúncia nos seguintes termos:

“(...) A análise dos autos revela que a denúncia ofertada preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, narra fato que em tese constitui ilícito penal e que não estão presentes qualquer das hipóteses do art. 395 do mesmo Código...”

Do acima transcrito, fica claro que o Juiz singular recebeu a denúncia por entender que os fatos nela descritos constituem crimes e não estão nenhuma das hipóteses de rejeição, não havendo reparos a serem feitos, razão pela qual, rejeito a preliminar lançada.

Do pedido de absolvição dos crimes de extorsão e falsa identidade.

A recorrente foi denunciada porque:

“(...) no dia 29 de janeiro de 2014, por volta das 13h20min, na Câmara Municipal de Campo Grande, localizada na Av. Ricardo Brandão, nº 1.600, Itanhangá Park, nesta Capital, a denunciada Heide Cristiane Santos constrangeu, mediante grave ameaça, e com o intuito de obter para si indevida vantagem econômica, a vítima Francisco Almeida Teles, a pagar-lhe a quantia de R\$-100.000,00 (cem mil reais).

Segundo restou apurado, a denunciada Heide Cristiane, identificando-se com o nome ‘Paula’, entrou em contato via telefone por diversas vezes com a assessora do Vereador Francisco Almeida Teles (Chiquinho Teles) exigindo deste o pagamento da referida quantia em dinheiro, a fim de que não divulgasse informações sobre uma suposta compra de votos perpetrada pelo ofendido.

Ocorre que, irresignado com o fato, o vereador comunicou a situação à Polícia Militar, a qual o orientou a manter contato com a denunciada, para que ela pudesse vir a ser presa em flagrante delito.

Desse modo, a assessora do vereador, Nedina dos Santos Pereira, agendou um encontro com a denunciada Heide Cristiane na câmara municipal, para realizar a entrega do dinheiro exigido pela acusada.

A denunciada então se dirigiu à câmara municipal, tendo sido encaminhada ao gabinete do edil, oportunidade em que foi presa em flagrante delito, sendo encaminhada à delegacia de polícia para as providências de praxe.

Além disso, foi ainda apresentado à autoridade policial um CD contendo as gravações das conversas telefônicas da denunciada com a assessora do vereador, nas quais se verifica claramente a prática da extorsão (Laudo Pericial nº 115.118, f. 87-94-IP).

Por fim, deve ser registrado que ao se apresentar à recepção da câmara municipal, a denunciada Heide Cristiane atribuiu a si falsa identidade, qualificando-se como sendo a pessoa de ‘Paula Souza, RG 1802010 SSP/SP’, visando assim obter vantagem em proveito próprio, consistente em impossibilitar sua identificação e consequente punição pela extorsão perpetrada...”

A materialidade está nos autos através do auto de prisão em flagrante delito (f. 06-07), termos de depoimentos (f. 08-10, f. 12-14, f. 15-19, f. 58-59, f. 60-61 e f. 143), auto de qualificação e interrogatório (f. 20-22), boletim de ocorrência (f. 26-28), auto de exibição e apreensão (f. 29-30 e 62), relatório (f. 45-47) e laudo pericial (f. 80-107 e f. 118-132).

Quanto à autoria, esta restou devidamente comprovada nos autos.

O crime de extorsão assim está prescrito:

“Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa...”.

O crime de atribuir-se falsa identidade assim está previsto:

“Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave...”.

A apelante permaneceu em silêncio na fase judicial, mas, na fase policial a apelante sustenta que foi até a câmara municipal a pedido de uma conhecida de nome “Paula” que tinha sido sua vizinha para buscar uma documentação, afirmando que em nenhum momento se identificou como Paula (f. 20-21).

A vítima Francisco Almeida Teles, em juízo, na captação audiovisual, relatou que ficou sabendo através de sua chefe de gabinete, Nedina dos Santos Pereira, sobre ligações recebidas de uma pessoa que se identificava como Paula e solicitava a quantia de R\$ 100.000,00 em dinheiro, em troca de sigilo a respeito de uma gravação de compra de votos ocorrida durante a sua campanha eleitoral. Francisco Almeida Teles também declarou que a autora das ligações compareceu no gabinete e, ao ser questionada, justificou sua presença naquele local informando chamar-se Paula, dizendo que lá estava apenas para pegar uma encomenda, contudo, sua voz foi reconhecida pela chefe de gabinete que, como dito anteriormente, era quem recebia as ligações exigindo o dinheiro em troca de sigilo sobre compra de votos. (f. 209).

A testemunha Nedina dos Santos Pereira, em juízo, na captação audiovisual, afirmou que passou a receber ligações da apelante, que se identificava como Paula e exigia o pagamento de R\$ 100.000,00 para não divulgar fotos e vídeos de compra de voto da vítima Francisco Almeida Teles (Vereador Chiquinho Teles), e que, antes de comparecer ao gabinete do vereador a apelante solicitou que o depósito do valor fosse em conta de titularidade de Heide Cristiane dos Santos, e que parte do valor em espécie deveria ser entregue na residência da mãe de Heide (f. 209).

O ex-marido da apelante, em juízo, afirma que o imóvel localizado na rua João Delfino, onde seria entregue o valor em espécie, é da mãe da apelante (f. 217).

A testemunha Zenaide de Souza dos Santos, na fase inquisitiva, confirma que a apelante esteve na câmara de vereadores procurando por Nedina, chefe de gabinete da vítima, e esta se identificou como Paula.

A isso, some-se as gravações no laudo pericial que registrou a conversa entre Nedina dos Santos Pereira e a apelante, a qual se identifica como Paula e exige o pagamento, nesses termos:

“(…)

F2 - (...). O que que você vai dizer (ininteligível)?

F1 – Olha, eu vim trazer o envelope que a Paula me pediu pra trazer (...).

F1 – Tem tudo.

F2 – Aí ele entregou (ininteligível), ele não, as pessoas (ininteligível) não foi ele. (...)

F1 – Quem que entregou o sacolão?

F2 – Quem entrega, quem entregou o sacolão na casa das pessoas foi (ininteligível) que trabalhavam para ele, uma moça que foi na casa da pessoa, na Kombi, numa van antiga, numa perua branca. (...)

F1 – Você tava também na campanha ou não tava?

F2 – Eu acompanhei (...) e aí a partir das informações que essa pessoa me passou, eu falei não, não é assim, e eu falei, quer saber? Também vou ganhar em cima. Pronto, juntei tudo as provas, peguei depoimento, gravei em dê-vê-dê, pen drive. (...)

*F2 – **Sou eu, a Paula** (...) você me pediu um dia e eu te dei, e agora? (...) Entrega o envelope lá e fala que é, que são os documentos que ela vai entregar pra Paula” (f.118-232) – destaque.*

Registro também que a testemunha Isidoro de Oliveira Cardoso, indicado como proprietário do imóvel alugado por “Paula”, ao ser ouvido no inquérito policial declarou que:

“(...) nunca teve como inquilina a pessoa de Paula; que o declarante também não teve como inquilino as pessoas de Zenilda Alves da Silva e Antônio Marcos (...) Que não conhece a pessoa de Heide” (f. 143).

Por derradeiro, a apelante não trouxe aos autos prova acerca de quem seria a referida “Paula”.

Portanto, restou cabalmente provado nos autos que a apelante cometeu os crimes de extorsão e falsa identidade, devendo ser mantida a condenação lançada.

Do pedido de aplicação do princípio da consunção entre o crime de falsa identidade e o delito de extorsão.

No princípio da consunção o crime-meio é absorvido pelo crime-fim.

O magistrado singular assim registrou:

“(...) Nesse passo, O crime de falsa identidade não pode ser absorvido pelo crime de extorsão, ficando afastado, portanto, o princípio da consunção, segundo o qual um fato mais amplo e mais grave absorve outros fatos menos amplos e menos graves.

No caso em tela, ainda que praticados no mesmo contexto fático, as condutas da denunciada de imputar-se falsa identidade e de constranger as vítimas, mediante grave ameaça, a fim de obter vantagem indevida, descrevem ações distintas, configurando delitos autônomos, de modo que é impossível aplicar o princípio da consunção”.

Razão assiste ao magistrado, pois as provas nos autos demonstram que o crime de falsa identidade perpetrado pela apelante não visava o cometimento do delito de extorsão, mas, assegurar o seu anonimato.

Portanto, mesmo que a recorrente não praticasse o delito de falsa identidade, ainda assim o crime de extorsão se consumaria.

Do pedido de fixação da pena-base aquém do mínimo previsto.

As penas-base foram impostas no mínimo previsto.

A apelante requer a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal ao argumento de que não foi considerado os bons antecedentes da apelante e não foi observada a razoabilidade e proporcionalidade do caso (f. 344).

Sobre o tema, o doutrinador Cleber Masson (*In Código Penal Comentado*. 2ª ed. Editora Método, 2014. f. 342) leciona que:

*“(...) ainda que todas as circunstâncias sejam extremamente favoráveis ao réu, a pena-base não pode ser inferior ao mínimo abstratamente cominado ao crime”. – *Destaco.*

Pondero também que a fixação da pena-base abaixo do mínimo legalmente previsto afronta o princípio da separação dos poderes, pois aplica uma pena diversa da estabelecida pelo legislador.

Dessa forma, não reduzo a pena-base aquém do mínimo legal.

Do pedido de fixação da pena de multa, alternativa à pena de detenção ou multa substitutiva em relação ao crime de falsa identidade.

Rememorando, o crime de falsa identidade está assim previsto:

“Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

*Pena - detenção, de três meses a um ano, **ou multa**, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”. – *Destaco.*

O art. 60, § 2º, do CP assim prescreve:

“Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

(...)

§ 2º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código”.

A fixação da pena insere-se na discricionariedade do julgador com vistas à reprovação e prevenção do delito praticado.

No caso dos autos, a imposição de multa prevista nos artigos acima é uma faculdade do julgador, e a forma como ocorreu o delito, vitimando um vereador municipal, mediante a proposta de ocultação de ilícito (se havia provas da compra de votos deveria ter entregue o material às autoridades competentes), denota que a mera imposição de multa não trará a reprovação e prevenção necessárias ao delito, razão pela qual mantenho a pena privativa de liberdade lançada.

Do pedido para que as penas de reclusão e detenção sejam separadas.

No caso dos autos o magistrado singular condenou a apelante à 04 anos de reclusão pelo crime de extorsão, e a 03 meses de detenção pelo crime de falsa identidade, bem como, somou essas penas para fixar o regime semiaberto.

Não é permitido a fixação de regime fechado às penas de detenção, a teor do art. 33, *caput*, do Código Penal, que dispõe:

“Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

Ao proceder à unificação de penas, deve o magistrado observar ainda o disposto nos artigos 76 do Código Penal e 681 do Código de Processo Penal, que preveem:

“Art. 76. No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave”.

“Art. 681. Se impostas cumulativamente penas privativas da liberdade, será executada primeiro a de reclusão, depois a de detenção e por último a de prisão simples”.

Assim, executar-se-á primeiro a pena mais grave, ou seja, a pena de reclusão e em seguida a de detenção.

Portanto, os regimes iniciais, deveriam, de fato, ter sido analisados separadamente, pois a reclusão e a detenção são modalidades punitivas distintas.

Sobre o tema, o doutrinador Cleber Masson (*In Direito Penal Esquematizado. Parte Especial. Vol. 1. 9 ed. Editora Método: São Paulo, 2015, f. 632*) leciona que:

“(...) no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se aquela por primeiro (CP, art. 69, caput, in fine). Posteriormente, isto é, depois de executada integralmente a pena de reclusão, será cumprida a pena de detenção”.

Portanto, considerando que se trata de reclusão e detenção, não é possível sua soma para fins de fixação do regime de cumprimento, sobre o tema, o STJ:

“POSSE DE MUNIÇÕES DE CALIBRE PERMITIDO – PENA DE DETENÇÃO – REGIMES SEMIABERTO OU ABERTO – ORDEM DE CUMPRIMENTO – RECLUSÃO E DETENÇÃO – REGIME PRISIONAL – REGRA DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL.

1. Hipótese em que o Juiz sentenciante elegeu o regime intermediário para o resgate da pena pelo crime de posse ilegal de munição, uma vez que a soma dessa pena com a do tráfico é superior a quatro anos.

2. O art. 69 do Código Penal deixa claro que “no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro aquela”. 3. Para a fixação do regime e demais benefícios, o juiz deve fixar o regime compatível para a reclusão e, depois, o compatível para a detenção. 4. A pena de reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto e aberto, enquanto que a detenção, em princípio, somente pode ter início nos regimes semiaberto ou aberto.

5. Recurso provido. (REsp 1705184/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/04/2018, DJe 27/04/2018). Destaco.

Esse Tribunal não destoa:

“EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS, RECEPÇÃO E DESOBEDIÊNCIA – OMISSÃO – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA – QUESTÃO QUE, EMBORA NÃO ALUDIDA NA APELAÇÃO INTERPOSTA, PODE SER CONHECIDAS DE OFÍCIO – RÉU MENOR DE 21 ANOS À ÉPOCA DO FATO – RECLUSÃO E DETENÇÃO – REGIMES DISTINTOS – ACOLHIMENTO. I. Embora não suscitada nas razões de apelação, a menoridade relativa é atenuante objetiva de reconhecimento obrigatório. II. As penas de detenção e reclusão são modalidades distintas, com natureza jurídica e modo de execução

diferentes, de forma que os regimes iniciais devem ser analisados em separado. – Destaco. (Embargos de Declaração Nº 0003686-11.2015.8.12.0019/50000 - Ponta Porã Relator em substituição legal – Exmo. Sr. Juiz Emerson Cafure, j.18/08/2018).

Portanto, no caso em tela, considerando a pena imposta e a ausência de circunstâncias desabonadoras, fixo o regime aberto para o crime de extorsão, sem possibilidade de substituição por se tratar de delito praticado mediante ameaça, nos termos do art. 44, I, do CF.

Fixo o regime aberto para o delito de falsa identidade.

Por fim, quanto ao prequestionamento, não há afrontas ao alegado, pois a matéria foi suficientemente debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso apenas para fixar o regime aberto ao delito apenado com detenção e, também o regime aberto para o delito apenado com reclusão.

Conclusão de julgamento adiado para a próxima sessão em face do pedido de vista do revisor (Des. Ruy Celso Barbosa Florence), após o relator dar parcial provimento ao recurso defensivo. O vogal aguarda. Houve sustentação oral feita pelo advogado Tiago Bunning Mendes OAB MS 18.802.

VOTO (22/11/2018)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Revisor)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Heide Cristiane Santos condenada à 04 anos de reclusão e 03 meses de detenção, e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática dos crimes de extorsão, previsto no art. 158 do CP, e falsa identidade, previsto no art. 307, também do CF.

Pleiteou a declaração de nulidade do processo alegando ausência de fundamentação no recebimento da denúncia. Subsidiariamente, sua absolvição pelos crimes de extorsão e falsa identidade, por falta de provas, ou ainda, o reconhecimento da consunção entre ambos, a redução da pena-base aquém do mínimo legal, a fixação de pena alternativa de multa pelo crime de falsa identidade, o abrandamento do regime prisional aberto.

O e. relator negou provimento ao recurso.

Pedi vista dos autos para melhor análise do recurso após apresentação de sustentação oral pela defesa.

No que tange à preliminar de nulidade acompanho o relator para rejeitá-la, ressaltando que o voto de minha lavra transcrito nas razões recursais defensivas, difere do presente caso, pois naquela oportunidade o magistrado havia deixado de analisar questões preliminares suscitadas na resposta à acusação.

Nestes autos, porém, a defesa não suscitou questões preliminares ou processuais (f. 168-169) após o recebimento da denúncia (f. 156-157), a qual apresentou fundamentação, ainda que de forma concisa, não se exigindo cognição exauriente nessa fase processual.

No mérito, acompanho em parte o e. relator, divergindo apenas no que tange à condenação pelo crime de falsa identidade.

Consta na denúncia que:

“(...) no dia 29 de janeiro de 2014, por volta das 13h20min, na câmara municipal de Campo Grande, localizada na Av. Ricardo Brandão, nº 1.600, Itanhangá Park, nesta Capital, a denunciada Heide Cristiane Santos constrangeu, mediante grave ameaça, e com o intuito de obter para si indevida vantagem econômica, a vítima Francisco Almeida Teles, a pagar-lhe a quantia de R\$-100.000,00 (cem mil reais).

Segundo restou apurado, a denunciada Heide Cristiane, identificando-se com o nome ‘Paula’, entrou em contato via telefone por diversas vezes com a assessora do vereador Francisco Almeida Teles (Chiquinho Teles) exigindo deste o pagamento da referida quantia em dinheiro, a fim de que não divulgasse informações sobre uma suposta compra de votos perpetrada pelo ofendido.

Ocorre que, irresignado com o fato, o vereador comunicou a situação à Polícia Militar, a qual o orientou a manter contato com a denunciada, para que ela pudesse vir a ser presa em flagrante delito.

Desse modo, a assessora do vereador, Nedina dos Santos Pereira, agendou um encontro com a denunciada Heide Cristiane na câmara municipal, para realizar a entrega do dinheiro exigido pela acusada.

A denunciada então se dirigiu à câmara municipal, tendo sido encaminhada ao gabinete do edil, oportunidade em que foi presa em flagrante delito, sendo encaminhada à delegacia de polícia para as providências de praxe.

Além disso, foi ainda apresentado à autoridade policial um CD contendo as gravações das conversas telefônicas da denunciada com a assessora do vereador, nas quais se verifica claramente a prática da extorsão (Laudo Pericial nº 115.118, f. 87-94-IP).

Por fim, deve ser registrado que ao se apresentar à recepção da Câmara Municipal, a denunciada Heide Cristiane atribuiu a si falsa identidade, qualificando-se como sendo a pessoa de ‘Paula Souza, RG 1802010 SSP/SP’, visando assim obter vantagem em proveito próprio, consistente em impossibilitar sua identificação e consequente punição pela extorsão perpetrada...”.

Analisei detidamente as provas produzidas nos autos, como laudo de f. 118-132, depoimentos da vítima Francisco Telles, das testemunhas Nedina dos Santos, que recebeu as ameaças dirigidas à vítima, Júlio César de Oliveira, guarda da câmara municipal (f. 209), Denise Rocha, policial militar que atendeu a ocorrência, e até mesmo confrontei as declarações de Cláudio Rogério (f. 217), ex-marido da acusada, com o depoimento extrajudicial prestado pela acusada (f. 20-22). Não há ante tais provas a possibilidade de absolvição pelo crime de extorsão, uma vez que estas indicam a prática delitiva, conforme fundamentação lançada no voto do relator, o qual o acompanho, sendo desnecessária nova descrição, considerando que foi extensamente demonstrada a configuração do tipo penal do art. 158, do CF.

Ressalto apenas que desnecessária a perícia para confirmar se uma das interlocutoras das conversas descritas no laudo pericial de f. 118-132 era a apelante, visto que as demais provas acima mencionadas são suficientes para identificar a autoria delitiva pela ré, pelas quais também se confirmou que a grave ameaça consistiu em divulgação de informações sobre uma suposta compra de votos perpetrada pelo ofendido, o que, em tese, configura imputação falsa de crime à vítima.

Porém, divirjo do relator no que tange à condenação pelo crime de falsa identidade, para que seja afastada.

Inicialmente observo que parte da denúncia quanto a estes fatos foi infirmada pelas provas dos autos.

Imputou-se à acusada o fato de ter se apresentado:

“(...) à recepção da câmara municipal, a denunciada Heide Cristiane atribuiu a si falsa identidade, qualificando-se como sendo a pessoa de Paula Souza, RG 1802010 SSP/SP, visando assim obter vantagem em proveito próprio, consistente em impossibilitar sua identificação e consequente punição pela extorsão perpetrada.”.

Porém, as testemunhas Nedina dos Santos e Júlio César afirmaram que na receptação da câmara a acusada apresentou o documento verdadeiro e se apresentou como Heide, sendo que apenas no gabinete do vereador (vítima) e à sua assessora, por meio de telefone, é que havia se atribuído o nome falso de “Paula”.

Logo, comprovado que a ré não se atribuiu falsa identidade na recepção da câmara, mas apenas nas ocasiões diretamente ligadas ao pedido de vantagem, não se pode falar na prática isolada do crime do art. 307, do CF.

O crime de falsa identidade consiste em *“atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”*

No caso concreto, a obtenção de vantagem em proveito alheio foi econômica (pedido de pagamento em dinheiro para não apresentar documentos supostamente comprobatórios de outro delito eleitoral), a qual é finalidade específica do crime de extorsão, previsto no art. 158, do CP (*“Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: (...)”*).

Ou seja, trata-se de elemento que constitui crime mais grave, conforme previsão do preceito secundário do crime do art. 307, do CP, o que impõe o afastamento da penalidade por este.

Ademais, desde a denúncia narra-se que:

“(...) a denunciada Heide Cristiane, identificando-se com o nome “Paula”, entrou em contato via telefone por diversas vezes com a assessora do vereador Francisco Almeida Teles (Chiquinho Teles) exigindo deste o pagamento da referida quantia em dinheiro, a fim de que não divulgasse informações sobre uma suposta compra de votos perpetrada pelo ofendido.” (f. 2).

Ou seja, a atribuição de falsa identidade foi o meio pelo qual se utilizou para a execução do crime de extorsão a fim de obter a vantagem indevida que é elemento de ambos os delitos, corroborando ainda mais a assertiva de que deve prevalecer, no caso, apenas a condenação pelo mais grave, aplicando-se o princípio da consunção.

Recobro, na esteira do que adverte o ilustre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, que:

“(...) Não convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos. (...) Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção. Inegavelmente – exemplificando – são diferentes os bens jurídicos tutelados na invasão de domicílio para a prática de furto, e, no entanto, somente o crime-fim (furto) é punido, como ocorre também na falsificação de documento para a prática de estelionato, não se punindo aquele, mas somente este (Súmula 17/STJ). No conhecido enunciado da Súmula 17 do STJ, convém que se destaque, reconheceu-se que o estelionato pode absorver a falsificação de documento. Registre-se, por sua pertinência, que a pena do art. 297 é de 2 a 6 anos de reclusão, ao passo que a pena do art. 171 é de 1 a 5 anos. Não se questionou, contudo, que tal circunstância impediria a absorção, mantendo-se em plena vigência a referida súmula.

Não é, por conseguinte, a diferença dos bens jurídicos tutelados, e tampouco a disparidade de sanções cominadas, mas a razoável inserção na linha causal do crime final, com o esgotamento do dano social no último e desejado crime, que faz as condutas serem tidas como únicas (consunção) e punindo-se somente o crime último da cadeia causal, que efetivamente orientou a conduta do agente (...)” (in Tratado de direito penal: parte geral, 1/Versão Digital – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284 - destaquei).

Assim, não há como manter a condenação do réu pelo crime de falsidade ideológica, por se tratar de crime meio para o cometimento do crime de extorsão, pela qual a ora recorrente mantém-se condenada.

Nesse ponto, portanto, divirjo do e. relator para afastar a condenação da recorrente pelo crime de falsidade ideológica, o que prejudica a análise do pedido para fixação da pena alternativa de multa por este tipo penal.

Em relação à dosimetria da pena, em que pese entenda possível trazer a pena aquém do mínimo legal, é pacífica a jurisprudência em sentido contrário, pelo que deixo de apreciar o pedido como garantia da estabilidade jurídica.

Por fim, quanto ao regime prisional para início de cumprimento da pena da condenação pelo crime de extorsão, acompanho o relator para abrandá-lo ao sistema aberto, considerando a pena aplicada, a primariedade da sentenciada e as circunstâncias judiciais favoráveis.

Portanto, a ora recorrente resta condenada apenas pelo crime de extorsão, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias-multa, no valor fixado na sentença.

Ante o exposto, encaminho o voto no sentido de acompanhar em parte o e. relator a fim de dar provimento parcial em maior extensão ao recurso de Heide Cristiane Santos para afastar a condenação pelo crime de falsa identidade (art. 307, do CP), ante a aplicação do princípio da consunção com o delito de extorsão, pelo qual mantenho a condenação fixada na sentença, alterando apenas o regime prisional para o sistema aberto.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o revisor que provia parcialmente em maior extensão. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 22 de novembro de 2018.

2ª Câmara Criminal**Recurso em Sentido Estrito nº 0001705-05.2014.8.12.0011 - Coxim****Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior**

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ART. 121, § 2º, II e IV, C/C O ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL – ART. 16, IV, DA LEI 10.826/03 – PRONÚNCIA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE – ALEGADA AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* – NÃO DEMONSTRADA DE PLANO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* – ANÁLISE CABÍVEL AO JÚRI – ALMEJADO RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO - QUESTÃO AFETA EXCLUSIVAMENTE AO TRIBUNAL DO JÚRI – PEDIDO DE EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS – INADMISSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS – APRECIÇÃO CABÍVEL AO TRIBUNAL DO JÚRI – PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE AS CONDUTAS – NÃO CABIMENTO – CRIMES CONEXOS – QUESTÕES AFETAS AO CONSELHO DE SENTENÇA – COM O PARECER – RECURSO NÃO PROVIDO.

Comprovada a materialidade delitiva e havendo fortes indícios de que o crime de homicídio tentado foi praticado com *animus necandi*, não há como operar a desclassificação para delito diverso de crime doloso contra a vida, cabendo ao corpo de jurados a apreciação da tese.

A ocorrência ou não do homicídio privilegiado é matéria estranha à sentença de admissibilidade da acusação e deve ser questionada ao Júri, conforme art. 483, IV, do Código de Processo Penal.

Inviável o afastamento das qualificadoras previstas no artigo 121, § 2º, II e IV, do CP, uma vez que no contexto probatório há indícios de suas ocorrências, cabendo ao Conselho de Sentença decidir sobre a sua incidência ou não no caso concreto.

A conexão entre o crime de posse irregular de arma de fogo e o crime doloso contra vida resulta na competência para julgamento da questão pelo Tribunal do Júri, a quem compete decidir se trata-se de delitos autônomos ou se aplicável à espécie a consunção.

Recurso em sentido estrito não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Adriano Vieira Chaves interpõe recurso em sentido estrito contra a sentença que lhe pronunciou pela suposta prática do crime de tentativa de homicídio qualificado (motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima - art. 121, § 2º, II e IV, e 14, II, ambos do CP), contra a vítima Flávia Ferreira da Silva, bem como pela suposta prática do crime de posse irregular de arma de fogo (art. 16, IV, da Lei 10826/03).

Em suas razões recursais, requer o afastamento das qualificadoras e o reconhecimento do crime de homicídio privilegiado. Subsidiariamente, pede a desclassificação para o delito de lesão corporal grave e a absolvição quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito ante o princípio da consunção (f. 310-327).

O Ministério Público de 1º grau contra-arrazoa pelo improvimento do recurso interposto (f. 334-348).

A PGJ opina pelo desprovimento do recurso e faz prequestionamento (f. 358-373).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Adriano Vieira Chaves interpõe recurso em sentido estrito contra a sentença que lhe pronunciou pela suposta prática do crime de tentativa de homicídio qualificado (motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima - art. 121, § 2º, II e IV, e 14, II, ambos do CP), contra a vítima Flávia Ferreira da Silva, bem como pela suposta prática do crime de posse irregular de arma de fogo (art. 16, IV, da Lei 10826/03).

Em suas razões recursais, requer o afastamento das qualificadoras e o reconhecimento do crime de homicídio privilegiado. Subsidiariamente, pede a desclassificação para o delito de lesão corporal grave e a absolvição quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito ante o princípio da consunção (f. 310-327).

O recorrente foi denunciado nos seguintes termos:

“Consta do incluso inquérito policial que no dia 17 de maio de 2014, aproximadamente a 19h:10min, na Avenida Adolfo Alves Carneiro, nº 685 ao lado da Oficina do Bani, Alcinópolis/MS, o denunciado Adriano Vieira Chaves, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com inequívoco animus necandi, agindo por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, tentou matar Flavia Ferreira da Silva, somente não se consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo infere-se do inquérito policial, no dia, hora e local dos fatos, a vítima Flavia Ferreira da Silva, o denunciado Adriano Vieira Chaves e a testemunha Emerson Vera, estavam em frente à residência da vítima consumindo bebida alcoólica.

Ocorre que, em dado momento, o denunciado chutou um cachorro, motivo pelo qual a vítima se irritou, iniciando-se uma discussão entre ambos. Ato contínuo, a vítima jogou cerveja no acusado, oportunidade em que Adriano se levantou e se dirigiu até sua residência, dizendo que se vingaria.

Passados alguns minutos, o acusado retornou ao local na posse de uma arma de fogo, marca Taurus, calibre .32, sem numeração, e, de inopino, efetuou 04 (quatro) disparos em direção à vítima, acertando 02 deles, sendo um no abdômen e outro na região lombar, resultando nas lesões graves constatadas às f. 50-53.

Imediatamente após ser atingida, Flavia foi prontamente socorrida e levada ao hospital local. Nessa oportunidade, também foi acionada a polícia militar que, em

diligências, prenderam o acusado em flagrante delito na residência de sua irmã, Aline Silveira de Araujo, local onde foram encontradas uma luneta e 03 cápsulas de munição 765, deflagradas.

Durante o flagrante, o denunciado confessou o crime e informou o local onde escondera a arma de fogo, a qual foi apreendida juntamente com 4 munições calibre .32 intactas.

O crime foi cometido por motivo fútil, tendo em vista que o acusado decidiu ceifar a vida da vítima pelo banal motivo de esta ter-lhe jogado cerveja anteriormente.

O crime foi praticado por recurso que dificultou a defesa da vítima, tendo em vista que esta foi atingida de surpresa, sem esperar a ação homicida do denunciado.

Há prova de materialidade e indícios de autoria. Tudo de acordo com o auto de prisão em flagrante (f. 15-19), termos de depoimentos (f. 04-06, 09), auto de exibição e apreensão (f.22), boletim de ocorrência policial (f.31-32), e laudo pericial (f. 50-53).”

Com relação à pronúncia, o art. 413 do Código de Processo Penal dispõe que:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

A materialidade delitiva restou comprovada por meio do auto de prisão em flagrante (f. 06-07), pelo laudo pericial na arma de fogo e em estojo de cartucho de munições (f. 117-122) e laudo pericial médico realizado na vítima (f. 55-60), bem como pelos depoimentos testemunhais e interrogatório do réu colhidos em juízo.

Os indícios de autoria também estão presentes, conforme provas orais colhidas na fase policial e judicial.

Por ordem de prejudicialidade, passo à análise dos pedidos de forma concatenada.

Da desclassificação para o crime de lesão corporal.

A alegação do recorrente de ausência de indícios suficientes da intenção de matar, com o que requer a desclassificação para delito lesão corporal grave, não é hábil para o afastamento da pronúncia, pois não foi comprovada de plano e, na dúvida, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro societate*.

Nesse sentido, já decidiu este e. TJMS:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS NA FORMA TENTADA – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS DA AUTORIA – PRESENTES INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE ANIMUS NECANDI – NÃO DEMONSTRADA DE PLANO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – ANÁLISE CABÍVEL AO JÚRI – MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO. Inexistindo prova inequívoca para a absolvição, impronúncia ou desclassificação, aplica-se o princípio in dubio pro societate, cabendo ao Júri a avaliação e comparação dos elementos e do contexto probatório como um todo, proferindo julgamento de mérito, optando pelo que lhes parecer mais verossímil e adequado. Somente em razão de prova inequívoca e cristalina da ausência de dolo é que pode o réu ser

subtraído do julgamento pelo tribunal do júri. Na hipótese, a alegação de que não houve a intenção de matar, requerendo a desclassificação para o crime de lesão corporal, não foi comprovada de plano. A existência ou não do animus necandi deve ser avaliada pelo corpo de jurados. Ao juiz monocrático cabe tão somente proclamar admissível ou não a acusação, sem contudo invadir o mérito da causa, o que se dá em homenagem ao princípio constitucional do juiz natural, que, em casos tais, é o tribunal do júri (CF, art. 5º, XXXVIII, “d”). COM O PARECER, RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0033549-95.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 03/05/2018, p: 03/05/2018).

Assim, a existência ou não do *animus necandi* deve ser avaliada pelo corpo de jurados, devendo apenas ser rechaçada de plano quando se mostrar inequívoca, não sendo esse o caso dos autos. Afinal, há fortes indícios de que o recorrente tenha praticado o crime com *animus necandi*, o que se observa pelo laudo de exame de corpo de delito (f. 55-56), bem como pelo fato dele ter ido até sua casa buscar a arma de fogo e voltado para disparar os tiros contra a vítima, atingindo-lhe na região infra umbilical e no flanco esquerdo, os quais são locais de alto risco.

Afasta-se, pois, o pedido desclassificatório.

Do homicídio privilegiado

Outrossim, também se revela inviável o acolhimento do pedido de reconhecimento do homicídio privilegiado nesta fase processual, pois é questão que deverá ser objeto de quesitação aos jurados, desde que alegada pela defesa em plenário, nos termos do artigo 483, IV, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido o julgado:

“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – INEXISTÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS DA EXCLUDENTE – HOMICÍDIO PRIVILEGIADO – EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA – QUESTÕES A SEREM DIRIMIDAS PELO CONSELHO DE SENTENÇA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. I – Para que o réu seja absolvido sumariamente com base na inexigibilidade de conduta diversa é necessário que a prova seja insofismável, clara e perfeitamente convincente da causa da exclusão da culpabilidade. II – A ocorrência, ou não, do homicídio privilegiado é matéria estranha à sentença de admissibilidade da acusação e deve ser questionada ao Júri, conforme art. 483, IV, do Código de Processo Penal. III – As qualificadoras só podem ser afastadas da pronúncia quando não houver nenhum apoio na prova dos autos, ou seja, quando forem manifestamente infundadas. IV – Recurso desprovido. De acordo com o parecer. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0001234-80.2009.8.12.0005, Aquidauana, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, j: 26/01/2017, p: 27/01/2017)” - destaquei

Assim, desacolho tal pretensão.

Do afastamento das qualificadoras.

Como se vê do caderno processual em especial da prova oral colhida, há elementos indicando que o motivo da conduta perpetrada pelo réu decorreu em razão de a vítima ter jogado cerveja em seu rosto após uma discussão. Tal fato desautoriza a exclusão prematura da qualificadora do motivo fútil, que corresponde ao motivo de pouca importância, desproporcional à conduta delitiva, razão porque deve ser mantida.

De outro norte, a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima também restou minimamente demonstrada, eis que a prova oral colhida traz indícios de que a vítima não foi alvejada

durante a discussão com o recorrente, mas em momento posterior quando já estava sentada e não esperava que o réu buscasse a arma de fogo e lhe deferisse os tiros.

Assim, as qualificadoras previstas no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, devem ser mantidas na pronúncia, cabendo ao Conselho de Sentença mantê-las ou não quando do julgamento em plenário.

Nesse sentido:

“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – MATÉRIA A SER APRECIADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI – JUIZ NATURAL DA CAUSA – RECURSO IMPROVIDO. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que as qualificadoras somente podem ser excluídas na fase da pronúncia quando se revelarem manifestamente improcedentes, sob pena de usurpação da competência constitucional do Conselho de Sentença. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0000039-72.2006.8.12.0035, Iguatemi, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 12/09/2018, p: 14/09/2018)

Do porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Quanto ao mais, o recorrente clama por sua absolvição sumária em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, ante o princípio da consunção.

Razão não lhe assiste.

Compulsando os autos, observa-se que o réu foi pronunciado corretamente como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal e no artigo 16, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, para que seja submetido ao julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri.

Isso porque, antes de ter utilizado a arma de fogo para tentar matar a vítima, o réu foi categórico ao afirmar que possuía a arma de fogo apreendida há muito tempo, a qual ficava guardada enrolada em um pano no guarda-roupa.

Ocorre que, se o primeiro delito foi cometido mediante desígnio autônomo, não pode ser aplicado o princípio da consunção, e, no caso, a apreciação de ocorrer ou não consunção cabe ao júri, que é quem vai decidir se a arma fora adquirida ou era usada exclusivamente para a prática do homicídio tentado em questão, ou se ao invés estava com o réu sem tal destinação específica e exclusiva.

Havendo indícios apontando existência de crimes autônomos, e mesmo porque se tratam de crimes conexos, em tese, não há como afastar a competência do Tribunal do Júri para o julgamento desse outro fato, razão pela qual não há como acolher a tese de aplicação do princípio da absorção ou consunção.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ARTIGOS 121, CAPUT (HOMICÍDIO), DO CÓDIGO PENAL E ART. 14, CAPUT (PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO), DA LEI Nº 10.826/03 – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE AS CONDUTAS – NÃO CABIMENTO – CRIMES CONEXOS – QUESTÕES AFETAS AO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO. I Comprovada a materialidade delitiva e havendo indícios da autoria do homicídio, não há como absolver sumariamente o réu por legítima defesa, pois ela não surge cristalina

dos autos, devendo o conselho de sentença pronunciar-se a respeito; II. A conexão entre o crime previsto no artigo 14 da Lei 10.826/2003 e o crime doloso contra vida resulta na competência para julgamento da questão pelo Tribunal do Júri. III. Havendo a imputação e elementos de prova indicando que o agente portava ilegalmente arma de fogo, e sendo-lhe imputado crime autônomo, deve ser submetido à apreciação dos jurados o crime conexo de porte ilegal de arma de fogo. Recurso em sentido estrito não provido, com o parecer. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0064618-24.2012.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 16/08/2018, p: 20/08/2018).”

Portanto, demonstrada a materialidade dos fatos e a existência de indícios de autoria, correta a sentença que pronunciou o réu pela prática do art. 121, § 2º, II e IV, e 14, II, ambos do CP, bem como sob a acusação de posse irregular de arma de fogo (art. 16, IV, da Lei 10826/03).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em sentido estrito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 2 de outubro de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002752-64.2016.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 157, § 3º, PARTE FINAL, DO CP – ART. 155, §§ 1º E 4º, IV, DO CP – ART. 244-B, DA LEI 8.069/90 – CONCURSO MATERIAL – RECURSO DEFENSIVO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – DESACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A CONFIRMAR O DECRETO CONDENATÓRIO – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO § 1º DO ART. 155 DO CP – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA QUE CORRETAMENTE APLICOU A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PARA O CRIME DE FURTO PRATICADO NA RESIDÊNCIA DA VÍTIMA E DURANTE O REPOUSO NOTURNO – VÍTIMA DO FURTO DIVERSA DO VIGILANTE NOTURNO VÍTIMA DE LATROCÍNIO – RECURSO IMPROVIDO

Restando satisfatoriamente demonstrado pelo conjunto probatório que os apelantes, em conluio com um adolescente, praticaram o crime de latrocínio, deve ser mantida a condenação.

Provada a prática do crime de furto praticado na residência da vítima e durante o repouso noturno (23h), deve ser mantida a aplicação da causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do CP, pouco, importando se a vítima estava em repouso. O que se procura punir, com a exacerbação da pena, é a potencialidade ofensiva do agente criminoso por se aproveitar de maiores facilidades de acesso ao bem alheio em horário de precária atenção.

Ademais, já decidiu o STJ que para a configuração da causa de aumento, é irrelevante a vítima estar ou não repousando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 4 de dezembro de 2018.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Osmar Ferreira e Edgar Garcia interpuseram apelação em face da sentença que os condenou à pena de: a) 20 anos de reclusão, além de 10 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 3º, parte final, do CP; b) 02 anos e 08 meses de reclusão, além de 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 155, §§ 1º e 4º, IV, do CP; e, c) 01 ano e 04 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 244-B, da Lei 8.069/90; em concurso material, e fixou o regime inicial fechado para o início de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Em suas razões recursais, os apelantes pleitearam a absolvição da imputação da prática prevista nos arts. 155, §§ 1º e 4º, e 157, § 3º, parte final, ambos do CP e no art. 244-B do ECA, tudo com fundamento no art. 386, VII, do CPP; ou o afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do CP; e, ao final, lançam prequestionamento (f. 289-298).

O Ministério Público de 1º grau apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso e fez prequestionamento (f. 302-335).

A PGJ opinou pelo não provimento recursal e também elaborou prequestionamento (f. 350-372).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Osmar Ferreira e Edgar Garcia interpuseram apelação em face da sentença que os condenou à pena de: a) 20 anos de reclusão, além de 10 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 3º, parte final, do CP; b) 02 anos e 08 meses de reclusão, além de 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 155, §§ 1º e 4º, IV, do CP; e, c) 01 ano e 04 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 244-B, da Lei 8.069-90; em concurso material, e fixou o regime inicial fechado para o início de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Em suas razões recursais, os apelantes pleitearam a absolvição da imputação da prática prevista nos arts. 155, §§ 1º e 4º, e 157, § 3º, parte final, ambos do CP e no art. 244-B do ECA, tudo com fundamento no art. 386, VII, do CPP; ou o afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do CP; e, ao final, lançam prequestionamento (f. 289-298).

Os apelantes foram denunciados nos seguintes termos:

“(...) Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 17 de novembro de 2016, por volta das 23 horas, na Rua Antônio Pereira dos Santos, Vila Estrela, próximo ao Clube Alphaville, nesta cidade e comarca, os autores dos fatos acima qualificados, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos com o adolescente infrator Jackson Gonçalves, subtraíram para si, mediante violência exercida contra a vítima João de Deus Almada, coisa alheia móvel, qual seja, um apito; uma lanterna; um lenço e um aparelho de telefone celular, da marca Samsung, bens avaliados em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), tendo a violência resultado na morte da vítima.

Consta ainda, dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 17 de novembro de 2016, por volta das 23 horas, na Rua Alcindo Franco Machado nº 3.582, Vila Alvorada, nesta cidade e comarca, os autores dos fatos acima qualificados, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos com o adolescente infrator Jackson Gonçalves, durante o repouso noturno, subtraíram para si, mediante escalada e concurso de pessoas, uma bicicleta, marca Caloi e duas caixas de som, bens avaliados, respectivamente, em R\$ 500,00 (quinhentos reais) e R\$ 80,00 (oitenta reais) e pertencentes à vítima Robson Michel de Almeida.

Consta também, dos inclusos autos de inquérito policial, que no dia 17 de novembro de 2016, por volta das 23 horas, na Rua Antônio Pereira dos Santos, Vila Estrela, próximo ao Clube Alphaville, nesta cidade e comarca, os autores dos fatos acima qualificados, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos, facilitaram a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos,

induzindo-a a prática de infração penal, no caso, o adolescente Jeckson Gonçalves, de 17 (dezessete) anos de idade.

Consta por fim, dos inclusos autos de inquérito policial, que no dia 17 de novembro de 2016, por volta das 23 horas, na Rua Antônio Pereira dos Santos, Vila Estrela, próximo ao Clube Alphaville, nesta cidade e comarca, o autor Edgar Garcia acima qualificado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, adquiriu e trazia consigo, para consumo pessoal, droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, qual seja, uma porção de 15 g (quinze) de maconha.

Segundo se apurou, no interior da Aldeia Indígena Amambai, os autores dos fatos supramencionados, Edgar Garcia e Osmar Ferreira, convidaram o adolescente Jeckson Gonçalves, de 17 (dezessete) anos de idade, para praticar furtos, durante o período noturno, na cidade de Amambai.

Infere-se que, nas circunstâncias supra, os autores perambularam pela cidade, até que se depararam com o vigia noturno João de Deus Almada, de 71 (setenta e um) anos de idade, que trabalhava no local.

Ato seguinte, Edgar, Osmar e Jeckson passaram a golpear a vítima na região do tórax, valendo-se de uma arma branca, do tipo facão, de aproximadamente 50 (cinquenta) centímetros, além de pedaços de madeira, ação que constituiu causa eficiente do óbito de João de Deus Almada.

Após as agressões, os autores subtraíram um apito; uma lanterna; um lenço e um aparelho de telefone celular, da marca Samsung, bens pertencentes a João de Deus Almada.

Deflui-se dos autos, ainda, que depois destes fatos, Edgar, Osmar e Jeckson decidiram invadir a residência de Robson Michel de Almeida.

Ao que consta, os autores adentraram no lote pulando o muro que cerca o imóvel, de onde subtraíram uma bicicleta, marca Caloi e duas caixas de som, bens pertencentes à vítima Robson Michel de Almeida.

Apurou-se, ainda, que a polícia militar foi acionada, tanto por testemunhas que visualizaram os autores agredindo João de Deus Almada, quanto pela vítima Robson Michel de Almeida.

Os policiais passaram a diligenciar na região, oportunidade em que abordaram Edgar Garcia, na posse da bicicleta subtraída de Robson.

Ainda, os milicianos perceberam que as vestes de Edgar Garcia continham manchas de sangue, bem como que o mesmo carregava os objetos de propriedade da vítima João de Deus Almada, no interior de uma mochila, além de uma porção do entorpecente do tipo 'maconha'."

Do pleito absolutório.

A materialidade dos delitos está comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito de f. 07-08; boletins de ocorrência de f. 44-46; auto de apreensão de f. 47-48; auto de entrega de f. 49 e 53; auto de avaliação de f. 51; relatório de investigação do SIG de f. 66; fotografias de f. 55 e declaração de óbito de f. 70; laudo pericial de f. 220-227 e pela prova oral colhida em juízo (f. 173 e 181-184).

Os apelantes confessaram parcialmente a prática delitiva quando ouvidos em sede policial, e os depoimentos das testemunhas foram todos uníssonos no sentido de apontar a autoria aos apelantes.

O apelante Edgar Garcia no seu interrogatório policial disse:

“(...) que na data de ontem, 17 de novembro de 2016, no período noturno, encontrava-se na companhia de Osmar e de Machito, nesta cidade de Amambai-MS, oportunidade em que Osmar afirmou que queria pegar uma bicicleta; que nas proximidades do Clube Alphaville se depararam com um homem na rua, o qual passou a afirmar que iria colocar bala na boca do interrogado e de seus companheiros; que, de imediato Osmar avançou na direção do homem e passou a agredi-lo com golpes de faca; que o interrogado desferiu golpes de madeira nas pernas do homem e, ao avistar que se tratava de um guarda, pediu para que Osmar ‘deixasse ele’; que Osmar não atendeu ao pedido do interrogado e continuou a agredir o homem; que não sabe informar quem pegou o aparelho celular da vítima; que ‘machito’ também bateu na vítima com um pedaço de madeira; que não se recorda de detalhes do fato porque se encontravam bêbados; que, após os fatos, encontrou-se com Osmar na saída da cidade; que Osmar ameaçou o interrogado e o obrigou a acompanhá-lo até uma residência para furtar uma bicicleta; que o interrogado ficou com medo, razão pela qual acompanhou Osmar; que Osmar pulou muros de algumas residências e pegou uma bicicleta; que o interrogado não queria levar a bicicleta, mas Osmar o ameaçou com uma faca; que, ao avistar a polícia militar, Osmar correu, sendo o interrogado preso em poder da bicicleta; que a mochila infantil de cor rosa era de Osmar; que Osmar entregou a mochila ao interrogado para carregar; que a porção de ‘maconha’ apreendida foi adquirida pelo interrogado junto a um desconhecido, na praça (...);”

A versão apresentada por Edgar Garcia na pose policial é totalmente condizente com a prova colhida durante o *iter* processual, não obstante tenha muda a versão no interrogatório judicial.

Na fase policial, o adolescente Jackson Gonçalves afirmou ter sido convidado pelos acusados para a prática de roubo e, naquela noite, presenciou a prática do delito por eles, sendo que Osmar Ferreira ainda o teria obrigado a efetuar golpes de faca na vítima (f. 22-23). Na fase judicial, o referido adolescente confirmou que os apelantes praticaram o latrocínio (f. 181-184).

O policial civil Ademir dos Santos afirmou que os acusados e o adolescente confessaram a prática dos fatos na delegacia de polícia civil, sendo que este afirmou ter sido convidado por aqueles para a prática dos delitos; que o adolescente foi encontrado com o facão com marcas de sangue, o qual foi utilizado para o latrocínio; que o acusado Edgar Garcia foi encontrado com uma mochila contendo os pertences da vítima do latrocínio, bem como pequena quantidade de maconha; e que um dos acusados foi encontrado com a bicicleta subtraída (depoimento audiovisual de f. 173).

O policial militar Sebastião Meneghueti, na fase judicial, disse terem sido acionados em razão do furto e do latrocínio, razão pela qual saíram em buscas e encontraram Edgar Garcia com uma mochila, na qual constavam os pertences da vítima do latrocínio e que Edgar Garcia estava com roupas sujas de sangue (depoimento audiovisual de f. 173).

Já o policial militar João Vítor Brasília Marques, em juízo, disse terem sido acionados para atendimento à uma ocorrência de furto na casa de Robson Michel de Almeida, o qual disse que subtraíram uma bicicleta e tentaram subtrair algumas caixas de som; que obteve informação de que os autores do delito estariam com uma lanterna; que encontraram o acusado Edgar Garcia em poder da bicicleta furtada, o qual possuía marcas de sangue em suas vestes; que na mochila encontrada em posse do acusado Edgar Garcia havia droga ilícita e uma lanterna (depoimento audiovisual de f. 173).

Ainda, há o depoimento de Rudimar José Stella, a qual afirmou que, naquela noite, estava em casa vendo televisão e quando foi dormir passou a ouvir latidos de seu cachorro, sendo que, ao olhar, viu a vítima João de Deus sendo agredida por três pessoas (depoimento audiovisual de f. 173).

E, ainda, Armando Ajala, irmão desta vítima, disse ter comparecido na delegacia de polícia civil e reconhecido os objetos apreendidos em poder dos acusados como sendo daquela (depoimento audiovisual de f. 173).

Como bem observado pelo Ministério Público em suas contrarrazões, a negativa de autoria do recorrente Osmar Ferreira, no interrogatório judicial, não possui qualquer coerência com o conjunto probatório, isto porque não soube sequer explicar quais motivos fariam o Edgar Garcia incriminá-lo injustamente.

Logo, a negativa de autoria dos apelantes apresentada no interrogatório judicial restou isolada nos autos, havendo, como dito na sentença, prova inequívoca de terem sido os autores do furto e do latrocínio ocorridos na noite de 17 de novembro de 2013, ocasião em que corromperam menor de 18 anos para que com eles praticasse os fatos delituosos.

Assim, ao contrário do alegado pela defesa, foram produzidas provas suficientes para sustentar as condenações impostas, de modo que a pretensa absolvição não merece prosperar.

Do pedido de afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do CP.

O recurso defensivo sustenta que *“o simples fato de o delito haver sido supostamente praticado às 23 horas, por si só, não viabiliza a aplicação da majorante.”*

Em que se pese a tese defensiva, o recurso quanto a este tópico também não deve ser provido.

Cumprir dizer que quanto ao crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP, o juiz sentenciante não aplicou qualquer causa de aumento de pena.

No que tocante à condenação pelo crime de furto – art. 155 do CP (*res furtiva*: uma bicicleta e uma caixa de com), tendo como tendo como vítima Robson Michel de Almeida, o qual não é o vigilante vítima do latrocínio, corretamente a sentença aplicou a causa de aumento de pena prevista no § 1º daquele mesmo artigo, eis que o furto da bicicleta e do aparelho de som, como demonstrado nos autos, em especial ao termo de apreensão de f. 47 e do depoimento da vítima (f. 173), foi praticado na residência de Robson Michel de Almeida e durante o repouso noturno – por volta das 23h.

O que se procura punir, com a exacerbação da pena, é a potencialidade ofensiva do agente criminoso por se aproveitar de maiores facilidades de acesso ao bem alheio em horário de precária atenção. Por óbvio, a vigilância sobre o patrimônio, nestas condições, sofre uma redução significativa, estando os objetos jurídicos penalmente protegidos mais vulneráveis à ação criminosa.

Assim sendo, pouco importa que o delito seja cometido em local no qual haja, ou não, pessoa repousando,

Ademais, já decidiu o STJ que para a configuração da causa de aumento, é irrelevante a vítima estar ou não repousando (*HC 29.153/MS*. 5ª Turma; Relator Ministro Gilson Dipp).

Logo, como dito, não assiste razão ao recurso defensivo quanto a tal pleito.

O apelo, portanto, deve ser integralmente improvido.

Quanto ao prequestionamento, a matéria foi suficientemente debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unanime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 4 de dezembro de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001802-08.2009.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSOS DEFENSIVOS – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADOS E TENTADOS – ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO A PROVAS DOS AUTOS E AUSÊNCIA DE MENOR PARTICIPAÇÃO DE UM DOS RÉUS – INOCORRÊNCIA – JURADOS QUE ACOLHEM UMA DAS TESES CONTRAPOSTAS – SOBERANIA DOS VEREDITOS – DECISÃO MANTIDA – FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – QUANTUM DE 1/6 CORRETAMENTE APLICADO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – CIRCUNSTÂNCIAS DOS ANTECEDENTES, CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – FUNDAMENTOS IDÔNEOS EM MAIOR PARTE – DECOTAMENTO PARCIAL EM RELAÇÃO AOS ANTECEDENTES – CONCURSO FORMAL RECONHECIDO – ELEVAÇÃO EM 1/5 (UM QUINTO) – EXTENSÃO, *EX OFFÍCIO*, DA APLICAÇÃO DO DISPOSTO AO SEGUNDO RÉU – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

A cassação do veredito popular por alegação de manifesta contrariedade à prova dos autos só é possível quando a decisão for teratológica, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, mas não aquela que opta por uma das versões existentes no contexto do caso, sob pena de se negar vigência ao princípio constitucional da soberania do tribunal do júri. Logo, não cabe ao órgão colegiado analisar o mérito da questão, em razão da competência que recai ao conselho de sentença, limitando-se a análise da questão no tribunal *ad quem*, apenas da existência ou não de suporte probatório necessário a sustentar a condenação;

Embora a participação de corréu seja reconhecida como de menor importância, mas não de somenos ou irrelevante valia para o crime perpetrado, justifica-se o *quantum* de 1/6;

Não há como excluir, na hipótese, as qualificadoras do motivo fútil (caráter subjetivo) e recurso que dificultou a defesa da vítima (caráter objetivo), pois plenamente possível a comunicabilidade ao participante, quando visto na hipótese que da primeira tinha conhecimento prévio, e da segunda a previsibilidade que a execução do crime se daria dessa forma, situação essa verificada com clareza da acurada leitura dos autos;

O princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada uma das circunstâncias judiciais seja analisada à luz de elementos concretos, extraídos da prova dos autos, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal, evitando-se assim a vedada duplicidade;

Para aferição dos antecedentes criminais, sabe-se que o STJ, ante o teor da Súmula 241, considera presente tal circunstância apenas quando há condenação anterior, transitada em julgado, que não incida, concomitantemente, em reincidência, atendendo assim, ao princípio da presunção de inocência, de previsão constitucional, conforme inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna;

Configura-se o concurso formal de crimes quando o agente, mediante uma só ação, em razão do erro na execução, pratica dois crimes de homicídio consumados e uma tentativa de homicídio,

contra três vítimas diversas, dentre elas, duas contra as quais, não houve dolo direto, atraindo a aplicação do artigo 73, do Código Penal, por corolário, a regra do art. 70, *caput*, do mesmo diploma legal, com acréscimo da fração de 1/5 (um quinto);

Recursos parcialmente providos, com extensão, *ex officio*, do reconhecimento do concurso formal de crimes a um dos réus. Em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, em parte com o parecer, dar parcial provimento aos recursos e, de ofício, reconhecer o concurso formal de crimes, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 6 de novembro de 2018.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Almir de Souza Kovacs e Leandro Santana, visando à reforma da sentença prolatada após decisão do Conselho de Sentença (f. 805-814), que os condenou, respectivamente, como incurso no art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal em relação a vítima Fábio Ávalo dos Santos e Waldonir de Oliveira Marques, por duas vezes e artigo 121, § 2º, incisos II e IV c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal quanto a vítima Sérgio Ávalo dos Santos, cujas penas somadas, restaram dosadas, respectivamente: ao primeiro réu – Almir em 27 (vinte e sete) anos e 1 (um) mês de reclusão, e ao segundo réu – Leandro em 35 (trinta e cinco) anos de reclusão, ambos em regime inicial fechado.

Almir de Souza Kovacs apresentou razões de f. 902-960, na qual pleiteou: em preliminar, a absolvição, ante a ausência de participação efetiva do apelante no crime, nos termos do art. 386, V. do CPP; no mérito, a anulação da decisão por contrariedade a prova dos autos, nos termos do art. 593, III, alíneas, do CPP, ao argumento de que inexistem provas do dolo ou culpa do apelante; subsidiariamente, afastamento das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima; redução da pena-base próxima ao mínimo legal, ao argumento de inidoneidade da valoração dos “antecedentes”; aplicação de 1/3 (um terço) de diminuição decorrente do art. 29, § 1º, do CP, eis que sua participação foi ínfima.

Leandro Santana apresentou razões de f. 1007-1018, na qual pleiteou: no mérito, a anulação da decisão por contrariedade a prova dos autos; alternativamente, o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal; e a aplicação do concurso formal de crimes. Suscitou prequestionamento da matéria debatida.

Em contrarrazões de f. 964-992 e 1026-1043, o Ministério Público Estadual manifestou pelo desprovimento de ambos os recursos, com prequestionamento da matéria ventilada.

A Procuradoria-Geral de Justiça, opinou em parecer de f. 1048-1069, pelo parcial provimento do recurso dos recursos, para decotar das penas do réu Almir, as circunstâncias dos antecedentes e culpabilidade, e, do réu Leandro, apenas essa última moduladora. Prequestionou as matérias apresentadas.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Almir de Souza Kovacs e Leandro Santana, visando à reforma da sentença prolatada após decisão do conselho de sentença (f. 805-814), que os condenou, respectivamente, como incurso no art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal em relação a vítima Fábio Ávalo dos Santos e Waldonir de Oliveira Marques, por duas vezes e artigo 121, § 2º, incisos II e IV c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal quanto a vítima Sérgio Ávalo dos Santos, cujas penas somadas, restaram dosadas, respectivamente: ao primeiro réu – Almir em 27 (vinte e sete) anos e 1 (um) mês de reclusão, e ao segundo réu – Leandro em 35 (trinta e cinco) anos de reclusão, ambos em regime inicial fechado.

Almir de Souza Kovacs apresentou razões de f. 902-960, na qual pleiteou: em preliminar, a absolvição, ante a ausência de participação efetiva do apelante no crime, nos termos do art. 386, V. do CPP; no mérito, a anulação da decisão por contrariedade a prova dos autos, nos termos do art. 593, III, alíneas, do CPP, ao argumento de que inexistem provas do dolo ou culpa do apelante; subsidiariamente, afastamento das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima; redução da pena-base próxima ao mínimo legal, ao argumento de inidoneidade da valoração dos “antecedentes”; aplicação de 1/3 (um terço) de diminuição decorrente do art. 29, § 1º, do CP, eis que sua participação foi ínfima.

Leandro Santana apresentou razões de f. 1007-1018, na qual pleiteou: no mérito, a anulação da decisão por contrariedade a prova dos autos; alternativamente, o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal; e a aplicação do concurso formal de crimes. Suscitou questionamento da matéria debatida.

Em contrarrazões de f. 964-992 e 1026-1043, o Ministério Público Estadual manifestou pelo desprovimento de ambos os recursos, com questionamento da matéria ventilada.

A Procuradoria-Geral de Justiça, opinou em parecer de f. 1048-1069, pelo parcial provimento dos recursos, para decotar das penas do réu Almir, as circunstâncias dos antecedentes e culpabilidade, e, do réu Leandro, apenas essa última moduladora. Prequestionou as matérias apresentadas.

É o que basta para analisar a pretensão.

Inicialmente, convenciono que a preliminar defensiva arguida pelo recorrente Almir de Souza Kovacs, será analisada concomitante ao pedido de absolvição, visto que ambos encontram-se entrelaçados as razões de decidir.

Da nulidade do julgamento.

O apelante Leandro Santana sustenta que o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri seria contrário às provas dos autos, nos termos do art. 593, III, do CPP, alegação essa compartilhada pelo apelante Almir de Souza Kovacs, que também invoca sua inocência diante da ausência de comprovação de sua menor participação nos delitos de homicídio consumado e tentado.

Em recursos interpostos contra decisão proferida pelo Tribunal do Júri, sempre importante lembrar o princípio constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF), do qual extrai-se o entendimento que a modificação do julgado, por ser situação excepcional, exige-se a demonstração inequívoca de arbitrariedade ou manifestamente contrária a prova produzidas no processo, ou ainda, quando não apoiada em nenhum elemento dos autos. A propósito:

“EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – HOMICÍDIO QUALIFICADO – NULIDADE DO JULGAMENTO – ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS – CONSELHO DE SENTENÇA QUE ACOLHE UMA DAS TESES DISCUTIDAS – SOBERANIA DOS VEREDITOS (ART. 5º, XXXVIII, “C”, DA CARTA MAGNA) – DECISÃO MANTIDA. EMBARGOS REJEITADOS. I - Em homenagem ao princípio constitucional da soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”), a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri sob alegação de ter sido contrário à prova dos autos exige demonstração clara e precisa de que o veredito do conselho de sentença tenha sido manifestamente contrário às provas dos autos, completamente dissociado das provas, escandaloso e arbitrário, o que não ocorre com aquele que optou por uma das versões apresentadas e discutidas diante dos juízes de fato na sessão de julgamento. II - Presente nos autos versão no sentido de que o apelante agiu motivado por vingança, e tendo os jurados, em resposta a quesito específico, considerado que tal sentimento caracteriza motivo torpe, impossível acolher a tese de julgamento contrário à prova dos autos. III - Embargos rejeitados. De acordo com o parecer.” (TJMS, Embargos Infringentes e de Nulidade - Nº 0001810-48.2016.8.12.0031/50000 – Caarapó, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 1ª Seção Criminal, j. 16/05/2018).

“APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – MOTIVO TORPE E RECOMPENSA – RECONHECIMENTO DE UMA QUALIFICADORA COMO AGRAVANTE GENÉRICA – POSSIBILIDADE. Se reconhecidas duas ou mais qualificadoras no homicídio, somente uma delas enseja o tipo qualificado, enquanto as outras podem ser consideradas como circunstâncias agravantes. V.V.P. APELAÇÃO CRIMINAL – JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – ACOLHIMENTO DE TESE SUSTENTADA PELA ACUSAÇÃO – QUALIFICADORA CONSIDERADA COMO AGRAVANTE – IMPOSSIBILIDADE. 1- De acordo com o entendimento sumulado neste Tribunal, “a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes”, sob pena de se negar vigência ao princípio constitucional da soberania do tribunal do júri. (...)” (TJMG; APCR 1.0396.11.004415-5/002; Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos; Julg. 27/05/2014; DJEMG 03/06/2014) “

Igualmente é o entendimento compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“O art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal traduz uma liberalidade em favor dos jurados, os quais, soberanamente, podem absolver o acusado mesmo após terem reconhecido a materialidade e autoria delitivas, e mesmo na hipótese de a única tese sustentada pela defesa ser a de negativa de autoria. Por outro lado, referido juízo absolutório não se reveste de caráter absoluto, podendo ser afastado, sem ofensa à soberania dos veredictos, quando reste evidenciado que o decisum distancia-se, por completo, dos fatos constantes dos autos, mostrando-se manifestamente contrário às provas colhidas”. (STJ, HC 243.716 – Proc. 2012/0107723-3 EX, Rel. Min. Laurita Vaz, DJE 28/03/2014).

Além disso, a doutrina leciona que o tribunal popular possui inteira liberdade de optar por qualquer das versões postas em discussão, frente às provas produzidas nos autos, ainda que compostas de mínima parte, mas que possibilitem aferir o caso. Nesse sentido:

“Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 16 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1318).

“Afinal, o art. 593, III, d, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o error in judicando é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão”. (MIRABETE, Júlio Farini. Código de Processo Penal Interpretado. p. 1.480-1)

Nesse contexto, a análise de eventual ocorrência de julgamento contrário a prova dos autos, demanda a verificação do caderno de provas contemplar versões distintas, que caso constatado, caberá exclusivamente ao tribunal do júri optar por uma delas, em respeito a soberania dos vereditos disposto no campo das garantias fundamentais do cidadão pela Constituição Federal, que permite aos jurados apoiarem sua decisão por íntima convicção na única versão que julgarem comprovada.

Nessa última hipótese, não se permite ao Tribunal aprofundar ao exame das provas, posto a competência precedente do conselho de sentença. Contudo, isso não impossibilita que perante o juízo *ad quem* realize-se uma análise mínima para elucidação da discussão que, em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão guerreada, permitir-se-á a anulação do julgamento e submissão do réu a novo julgamento popular.

Pois bem.

Em resumo do caso, os apelantes foram pronunciados e condenados pelo júri popular, quanto aos crimes: dois homicídios qualificados por motivo torpe, desacertos de tráfico de drogas com Fábio Ávalos dos Santos e ter este tentado contra a vida do falecido Magno Quintana e recurso que dificultou a defesa, ataque de surpresa quando as vítimas se divertiam em um bar em relação a Fábio Ávalo dos Santos e Waldonir de Oliveira Marques e tentativa de homicídio qualificado por motivo torpe, desacertos relativos ao tráfico de drogas com Fábio Ávalos dos Santos e ter esta tentado contra a vida do falecido Magno Quintana e recurso que dificultou a defesa, ataque de surpresa quando a vítima se divertia em um bar em relação a Sérgio Ávalo dos Santos.

In casu consta em síntese da denúncia que,

“(...) no dia 03/01/2009, por volta de 20h, na rua Eulália Pires, nº 2.275, Jardim Clímax, em Dourados-MS, os denunciados com Magno Quintana, este já falecido, concorreram para os disparos de arma de fogo contra Fábio Ávalo dos Santos e Waldonir de Oliveira Marques, que faleceram e contra Sérgio Ávalo dos Santos, que não veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade dos réus. O motivo foi torpe,

isto é, vingança ante desacertos de tráfico de drogas, além do recurso que dificultou as defesas, ataque de surpresa”.

Em relação a materialidade, instruiu a inicial: o inquérito de f. 13-94, com relevância para auto de apreensão (f. 17-8), relatório de investigações (f. 24-5), interrogatórios (f. 26-9, 41-3, 47-8 e 55-6), depoimentos das testemunhas (f. 33-4, 39-40, 54 e 78-9), exames necroscópicos (f. 65-74), laudo pericial realizado no veículo (f. 94-7), exame de corpo de delito (f. 112-3), certidão de óbito de Magno Quintana (f. 115), exame de eficiência em arma de fogo (f. 125-33) e laudo pericial realizado no local do crime (f. 181-8).

Quanto à autoria, os réus negaram o cometimento do crime não trazendo maiores esclarecimentos do que as escusas de não terem participado do delito, excetuando o fato narrado pelo réu Almir de Souza Kovacs que disse ter trocado as peças da motocicleta apenas posteriormente ao ocorrido, e confirmando que teria emprestado o bem a Magno, que sabia estar armado, e com quem realizou posteriormente o assalto na Pizzaria.

A vítima Sérgio Ávalo dos Santos declarou em juízo (f. 237) que, não viu quem teria atirado contra ele, pois estava de costas para entrada do bar. Expôs apenas que ficou sabendo quem teria cometido o crime, sem saber dizer de quem se tratava.

A testemunha Robson Oliveira Silva, primo da vítima Waldomir, expôs em juízo (f. 395-402), que estava no bar com as vítimas, quando viu duas pessoas montados numa moto pararem perto do local, deixando-a em funcionamento. Em seguida viu Magno se aproximar de surpresa sem tirar o capacete, adentrar ao bar e disparar diversos tiros contra as vítimas, dentre elas, seu primo que estava de costas. Quanto ao piloto, da moto, asseverou que tomou conhecimento de que tratava-se da pessoa de Leandro.

A testemunha Kennedy dos Santos Recalde (f. 344), asseverou que no dia dos fatos, o apelante Leandro, vulgo “Frajola”, acompanhado dos demais autores, Magno e Almir, vulgo “Mala”, foram até a casa do depoente onde, conversaram na frente desta tramando a execução dos delitos, dizendo que iriam “fazer um cara”, sem mencionar nomes até então. Confirmou os esclarecimentos prestados em sede policial (f. 26) que, Magno teria dito para ele que iria “fazer o pilantra do Brahma” (alcunha da vítima Fábio Ávalo dos Santos), dando indícios aos atos planejados que se sucederiam posteriormente. Almir teria ido comprar cerveja no bar onde o crime ocorreria posteriormente, tendo visto as vítimas no local. Ato contínuo, Magno e Leandro saíram montados na motocicleta pertencente a Almir em direção ao “Bar Sports”, ocasião em que Magno efetuou os disparos de arma de fogo contra as vítimas, enquanto Leandro permanecia na condução da moto, pondo-se ambos em seguida, em fuga do local. Reforçou que Almir apenas teria emprestado a motocicleta.

Maveal Silva dos Santos, pai das vítimas Fábio Ávalo dos Santos e Sérgio Ávalo dos Santos, confirmou em juízo (f. 237) que Leandro, era quem pilotava a motocicleta que fora conduzida juntamente de Magno ao “Bar Sports” para o cometimento dos crimes.

Corroborando em parte com o exposto, a testemunha, Mário Soares, investigador de polícia, que em juízo (f. 793-798) confirmou que a testemunha Kennedy ouviu de Magno que mataria “Brahminha”, ocasião a qual, Kennedy disse ao corréu que avisaria a vítima, sendo ameaçado por aquele. Contudo, divergiu em parte dizendo que a testemunha Kennedy relatou que, em seguida chegou a sua casa o réu Almir, pilotando a motocicleta utilizada no crime (XTZ), o qual teria se deslocado até o bar para ver se a vítima estava lá, retornando em seguida com a informação positiva, momento no qual, permanecendo na direção, Magno lhe passou uma arma, montou na garupa da motocicleta pilotada por Almir e juntos foram até o local onde o crime seria praticado. Após, retornaram para a casa de Kennedy dizendo-lhe que o serviço estava pronto. Dias depois, retornaram e convidaram Kennedy para um assalto, quando Magno teria sido morto no

ato do crime, quando do flagrante. Sobre o corréu Leandro, não saberia dizer de sua participação, inclusive no assalto posterior da Pizzaria.

Nivaldo Balduino Ferreira disse em juízo (f. 237) que apenas ficou sabendo pelos frequentadores do bar, que o crime foi praticado por Magno, acompanhado de Leandro que conduzia a moto.

Pelo que depreende-se das provas destacadas, diferente do que foi sustentado nos recursos, os jurados não decidiram em afronta às provas dos autos. Eles ouviram ambas as versões, conheceram o contraditório e formaram convencimento, encontrando liame coerente com o que restou delineado acima.

Diga-se o mesmo a configuração da participação de menor importância do réu Almir de Souza Kovacs, visto que os jurados reconheceram que aquele cooperou nos atos antecedentes ao crime, com a reunião aos demais integrantes da ação, indicação do local em que se encontravam as vítimas, colaboração no empréstimo da motocicleta e alteração posterior das características desta como meio furtivo para que não fosse encontrada (f. 94-7), situação essa que motivou pedido defensivo do apelante por ocasião dos debates em plenário, no sentido de reconhecimento da causa de diminuição de pena pela menor participação dele no delito (f. 807), mostrando-se incompatível em sede recursal a alegação de que não teria participado do crime, não havendo como incutir com isso, a ideia de contraditório e ampla defesa.

A propósito, o pedido foi acatado conforme quesitações apresentadas pelo júri, a seguir destacadas. Vejamos:

“1ª Série:

1º) No dia 3.1.09, por volta de 20h, na rua Eulália Pires, nº 2.275, Jardim Clímax, em Dourados-MS, a vítima Fábio Ávalo dos Santos sofreu disparos de arma de fogo que lhe causou os ferimentos descritos no exame necroscópico de f. 65-9, que a levaram à morte? sim por 4 votos não por - voto - Verificada a urna de descarte.

4º) A participação do réu foi de menor importância ao emprestar a motocicleta e indicar onde a vítima estava? sim por 4 votos não por - voto - Verificada a urna de descarte.

2ª Série:

1º) No dia 3.1.09, por volta de 20h, na rua Eulália Pires, nº 2.275, Jardim Clímax, em Dourados-MS, a vítima Waldonir de Oliveira Marques sofreu disparos de arma de fogo que lhe causou os ferimentos descritos no exame necroscópico de f. 70-4, que a levaram à morte? sim por 4 votos não por - voto - Verificada a urna de descarte.

4º) A participação do réu foi de menor importância ao emprestar a motocicleta e indicar onde a vítima estava ? sim por 4 votos não por - voto - Verificada a urna de descarte.

3ª Série:

1º) No dia 3.1.09, por volta de 20h, na rua Eulália Pires, nº 2.275, Jardim Clímax, em Dourados-MS, a vítima Sérgio Ávalo dos Santos sofreu disparo de arma de fogo que lhe causou os ferimentos descritos no exame de corpo de delito de f. 112-3? sim por 4 votos não por - voto - Verificada a urna de descarte.

5º) A participação do réu foi de menor importância ao emprestar a motocicleta e indicar onde a vítima estava? sim por 4 votos não por - voto - Verificada a urna de descarte.”

Aliás, ainda que se discuta a ausência da prática do verbo do tipo pelo agente, a jurisprudência pacífica entende pela desnecessidade estrita da ação, bastando que de alguma forma, haja a contribuição daquele para ocorrência do delito. Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE PESSOAS E CORRUPÇÃO DE MENORES – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – INVIABILIDADE – REDUÇÃO DE OFÍCIO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES – NECESSIDADE – NÚMERO DE MAJORANTES – CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A EXASPERAÇÃO DA PENA DO ROUBO ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA – EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU POR ANALOGIA AO ART. 580 DO CPP – NECESSIDADE. Demonstradas a autoria e a materialidade pelo conjunto probatório e comprovado que a conduta do réu se amolda perfeitamente ao tipo penal do art. 157, § 2º, I e II, do CP, é impossível a absolvição. O art. 29 do CP dispõe que “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Portanto, não é necessário que o agente pratique o verbo nuclear do tipo penal (no caso, subtrair) para ser considerado coautor do delito. Não se pode considerar de menor importância a participação daquele que é o mentor intelectual da prática delitiva. Conforme o entendimento consolidado nos Tribunais hierarquicamente superiores, o crime de corrupção de menores é formal, posicionamento que deve ser adotado para se atender aos princípios da economia processual e da segurança jurídica. Assim, comprovado que o agente maior de dezoito anos de idade praticou crime com inimputável, resta configurado o delito de corrupção de menores. Conforme a Súmula 443 do STJ, “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”. Se o aumento foi justificado com base unicamente no número de majorantes, a fração deve ser reduzida para a menor prevista, isto é, 1/3. Preenchidos os requisitos do art. 580 do CPP, torna-se imperiosa a extensão dos efeitos da decisão ao corréu não apelante.” (TJMG - Apelação Criminal 1.0114.10.005401-3/001, Relator(a): Des.(a) Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 20/02/2018, publicação da súmula em 28/02/2018)

Logo, não caberia, em sede de apelação, reformar o que decidiu o conselho de sentença, se o processo transcorreu sem nulidades, respeitado o devido processo legal.

Desta feita, mantenho a sentença prolatada contra os dois réus.

Do *quantum* pela participação de menor importância.

Por fim, pugna o recorrente Almir de Souza Kovacs pela elevação do *quantum* a 1/3 (um terço) de diminuição decorrente do art. 29, § 1º, do CP, eis que sua participação foi ínfima.

Do caso em questão, embora o réu não tenha participado presencialmente da conduta delitiva no local dos fatos, não há como desmerecer a sua participação, apesar de menor importância, visto que influenciou diretamente em ações que antecedentes, decorrentes e posteriores ao crime, conforme descrito -

“(...) com a reunião aos demais integrantes da ação, indicação do local em que se encontravam as vítimas, colaboração no empréstimo da motocicleta e alteração posterior das características desta como meio furtivo para que não fosse encontrada”, denotando-se mínima divisão de tarefas o conluio entre os agentes.

Nesse prospecto, a participação do réu foi de menor importância, mas não de irrelevante valia para o crime perpetrado, o que justifica a redução fixada pelo magistrado singular à razão de 1/6. Em mesma linha, este Sodalício:

“APELAÇÃO CRIMINAL – DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO – PENA-BASE – MANUTENÇÃO – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – AUMENTO DO PATAMAR RELATIVO À PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CONTINUIDADE DELITIVA – RECONHECIMENTO – CONFISSÃO QUALIFICADA – APLICAÇÃO DA ATENUANTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) Se a participação do agente foi preponderante para a consumação do delito é imperioso manter a redução no patamar mínimo estipulado na sentença. (...)” (TJMS. Apelação nº 0066429-19.2012.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j. 10/03/2014)

“Se a participação dos apelantes foram preponderantes para a prática delitiva, imperativa a manutenção da fração mínima de 1/6. Com o parecer, nego provimento ao recurso.” (TJMS. Apelação nº 0002778-39.2014.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j. 21/09/2017, p. 25/09/2017).

Dessa forma, mantida a fração de 1/6 (um sexto).

Do afastamento das qualificadoras.

Pretende a defesa de Almir de Souza Kovacs, o afastamento das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima, alegando que não caracterizar a rixa de droga motivo fútil, bem como não se comunicam as qualificadoras ao participante de menor importância, principalmente em razão do seu desconhecimento das vítimas.

Sobre a qualificadora do motivo fútil reconhecida em razão de rixa anterior com a vítima por dívidas de drogas, verifico plenamente possível de aplicação, uma vez que há alicerce probatório indicando que o delito foi cometido em razão deste fator além de outros, havendo na jurisprudência entendimento que comporte a caracterização desta qualificadora, mediante tais fundamentos.

Nesse sentido, por vezes tal qualificadora foi mantida mediante similitude de argumentos, quando visto na hipótese que:

(...) tanto o “rancor” do réu, por desentendimento anterior, quanto a própria “vingança” podem decorrer de algo repugnante (como, por exemplo, o tráfico de drogas), de algo banal (como, por exemplo, uma dívida pecuniária ínfima) ou, até mesmo, de algo que tenha relevante valor social ou moral (como, por exemplo, uma grave ofensa à honra, à dignidade física, moral ou sexual, seja do homicida ou de um familiar próximo). Portanto, assim como pode ser apto a configurar a qualificadora da torpeza, também pode caracterizar um motivo fútil, um privilégio ou nenhuma qualificadora; tudo vai depender, inevitavelmente, do seu motivo, do seu teor. (STJ, REsp 1716790, j. 02/05/2018).

Assim, não há como afastar a qualificadora.

Quanto a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, entendo que deve ser mantida, considerando que a análise operada pelo Conselho de Sentença não encontra dissociada das provas contidas nos autos.

Como visto, as vítimas já teriam sido avistadas anteriormente no “Bar Sports”, pelo réu Almir o qual relatou tais informações aos demais comparsas Magno e Leandro, os quais, posteriormente se dirigiram aquele local, abordando de surpresa os três ofendidos em momento desprevenido e de descontração, inclusive, com disparos pelas costas deles conforme comprovado pelos exames necroscópicos (f. 69 e 74), exame de corpo de delito (f. 112-3), depoimento testemunhal e declarações prestadas pela vítima sobrevivente, o

que entendeu-se como provas suficientes a reconhecer a qualificadora pelos jurados, conforme quesitos apresentados a f. 801-804.

Em situações como a posta em julgamento, ensina a doutrina que:

“(...) Para se configurar a surpresa, isto é, recurso que torna difícil ou impossível a defesa do ofendido, é necessário que, além do procedimento inesperado, não haja razão para a espera ou, pelo menos, suspeita da agressão, pois é a dificuldade ou mesmo impossibilidade de a vítima defender-se que fundamenta a qualificadora” (BITTENCOURT, Cêzar Roberto, *in* Código penal comentado. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

Portanto, a qualificadora também deve ser mantida.

Em relação a comunicabilidade das qualificadoras ao partícipe, igualmente não prospera o pedido do recorrente.

Isto porque, as circunstâncias subjetivas, como o caso do motivo fútil, se comunicam ao participante, que sabendo dela, adere à empreitada criminosa, com previsibilidade das consequências advindas dela. Assim já se decidiu:

“(...) A qualificadora do motivo fútil comunica-se com o partícipe quando este conhece o móvel do crime e, ainda assim, adere ao intento homicida praticado pelo autor do delito.” (TJMS, AP, 2010.025399-4/0000-00 – Campo Grande, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, Segunda Turma Criminal, j. 10.01.2011)

Igualmente, a recurso que dificultou a defesa da vítima, que possui caráter objetivo, e pode ser comunicada ao participante, quando entre na esfera de seu conhecimento a possibilidade de sua ocorrência, o que verificou-se nos autos. Nessa esteira, o STJ:

“(...) O posicionamento desta Corte Superior em relação à qualificadora relativa ao recurso que dificultou a defesa do ofendido é que, por ser circunstância objetiva referente ao modo de execução do crime, pode se comunicar ao partícipe, desde que tenha entrado em sua esfera de conhecimento. (STJ, AgRg no REsp 1739286 / RS, DJe 15/08/2018)

Nessa situação, como bem é sabido, a anulação de uma decisão proferida pelo Tribunal do Júri, com fulcro no art. 593, III, “d”, do Estatuto Processual Penal, somente é possível se tal decisão encontrar-se irremediavelmente dissociada do acervo probatório, o que não verifico *in casu*.

Assim, mantém-se reconhecidas as qualificadoras.

Da pena-base ao mínimo legal.

Insurgiu o recorrente Leandro Santana quanto a exasperação da pena-base, ao argumento de motivação inidônea na sentença, quanto a moduladora (culpabilidade), o que demandaria na redução da pena ao mínimo legal. Do mesmo modo, o apelante Almir de Souza Kovacs alegando indevida valoração da circunstância dos antecedentes.

Lembrando que a PGJ opinou favorável ao decote de ambas as moduladoras.

Como cediço na doutrina e jurisprudência, a exasperação da pena deve guiar-se pelos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade, não estabelecendo o Código Penal nas primeiras fases do sistema trifásico, contornos matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da reprimenda, deixando a dosimetria atrelada à discricionariedade do juiz, que apenas deve guiar-se pelos aludidos princípios.

De tal forma, cabe ao magistrado, mais próximas dos fatos, das provas e das pessoas, respeitando referidas balizas, examinar com acuidade todos esses elementos e aplicar, fundamentadamente, a reprimenda que seja necessária e suficiente para a reprovação do crime.

Para Almir de Souza Kovacs, considerando os três crimes apurados, a sentença valorou as seguintes circunstâncias:

(...) O réu é tecnicamente primário porém registra antecedentes nestes autos por roubo (f. 656-65), culpabilidade acentuada, com organização em pelo menos três envolvidos, em alta reprovabilidade; (...) circunstâncias ruins em um bar com várias pessoas no entorno que poderiam ser atingidas.

Assim, fixou as penas-bases aos homicídios consumados de Fábio Ávalo, Waldonir de Oliveira Marques, e tentado de Sérgio Ávalo dos Santos, em valores iguais de 13 (treze) anos de reclusão.

Para Leandro Santana considerando os três crimes apurados, a sentença valorou as seguintes circunstâncias:

(...) O réu não é primário e registra antecedentes nestes autos em reincidência, pois já condenado anteriormente por tráfico de drogas (f. 666-78), culpabilidade acentuada, com organização em pelo menos três envolvidos, em alta reprovabilidade;

(...) circunstâncias ruins em um bar com várias pessoas no entorno que poderiam ser atingidas”.

Assim, fixou as penas-bases aos homicídios consumados de Fábio Ávalo, Waldonir de Oliveira Marques, e tentado de Sérgio Ávalo dos Santos, em valores iguais de 14 (quatorze) anos de reclusão.

Verifica-se da pena de Leandro que, a fim de evitar incongruências, o magistrado utilizou os antecedentes como circunstâncias apenas na primeira fase, extirpando sua valoração na segunda fase como agravante da reincidência.

Para aferição dos antecedentes criminais, sabe-se que o STJ, ante o teor da Súmula 241, considera presente tal circunstância apenas quando da existência de condenação anterior, transitada em julgado, que não incida, concomitantemente, em reincidência, atendendo assim, ao princípio da presunção de inocência, de previsão constitucional, conforme inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna.

Partindo-se da data em que ocorreu o crime destes autos (03/01/2009), verifico dos antecedentes de Almir (f. 656-665) que, de fato, referem-se a incursões subsequentes ao delito sob análise, não podendo fundamentar a negativação da circunstância dos antecedentes.

Diferentemente, é o que se vê dos antecedentes de Leandro (f. 666-78), no qual é possível constatar ao menos uma condenação anterior (Autos nº 0006958.16.2005.8.12.0002), tratando-se de crime ocorrido em 04/07/2005 e trânsito em julgado em 04/09/2006.

Portanto, o decote ocorrerá apenas na pena de Almir.

Sobre culpabilidade refere-se à censurabilidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação, e se o agente tinha condições de agir de outra forma no momento do crime. Conforme magistério de Ricardo Augusto Schmitt:

“(...) É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.

Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. (...)” (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 88)

Do caso, embora os argumentos comeditos da sentença encontre a maior reprovabilidade da conduta no fundamento do envolvimento de ao menos três agentes no crime, encontra-se plenamente embasado no contexto em que o crime foi praticado, onde cada um dos criminosos teve uma tarefa participativa distinta, a qual contribuiu na efetividade da ação, lembrando ainda que decorreu de uma premeditação, ainda que mínima. No mesmo sentido, pronunciou-se o STJ:

“HABEAS CORPUS – DIREITO PENAL – JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – PREMEDITAÇÃO – POSSIBILIDADE – PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – NÃO CARACTERIZAÇÃO – ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 2. É razoável a majoração da pena-base em razão da natureza premeditada das práticas delituosas, a evidenciar a maior culpabilidade do agente. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. (...)” (STJ. HC 224815 TO. Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 15/08/2013).

Assim, corretamente aplicada.

Quanto a circunstâncias do crime, pode ser definida nos dizeres da doutrina de Schmitt, como sendo:

(...) os elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, dentre outros. (SCHMITT, Ricardo. op. cit., p. 157).

No presente caso, corretos os fundamentos utilizados na sentença, tendo em vista que foram realizados diversos disparos de arma de fogo em local público com diversas pessoas, que também poderiam ter sido vítimas da ação.

Logo, imperiosa a sua valoração.

Consigno que, as alterações sofridas serão aplicadas por oportunidade de redimensionamento da pena em tópico posterior.

Do concurso formal de crimes.

Por fim, sustenta o recorrente Leandro Santana ter incorrido em erro na execução (art. 73, do CP), tendo em vista que pretendia atingir única e exclusivamente a vítima Fábio Ávalos, de forma que a vítima Waldonir de Oliveira Marques teria sido atingida pelo mesmo desígnio autônomo que causou a morte da primeira vítima, permitindo-se a aplicação do concurso formal de crimes, e não o material (formal impróprio) aplicado na sentença.

Entendo assistir razão a defesa nesse ponto, pois a conduta sob análise foi dirigida para o único fim de matar a vítima Fábio Ávalo dos Santos, incorrendo, em razão do erro na execução, na prática de dois crimes de homicídio consumados e uma tentativa de homicídio, contra três vítimas diversas, dentre elas, duas contra as quais, não houve dolo direto, atraindo a aplicação do artigo 73, do Código Penal.

Relembrando do que foi visto das provas, a testemunha Kennedy asseverou em juízo que, o falecido Magno, conjuntamente com os recorrentes, teria dito que iria “fazer o pilantra do Brahma” (alcunha da vítima Fábio Ávalo dos Santos), em razão de desavenças anteriores, permitindo-se concluir tal intuito, com erro na execução, do laudo pericial realizado no local do crime (f. 181-88).

À evidência, a situação subsume-se à norma prevista no art. 70, *caput*, do CP, que prevê:

“Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.”

Nessa senda, entendo não tratar de desígnios autônomos, como no caso de concurso formal impróprio, mas sim, de ação única que produziu resultados diversos do inicialmente pretendido. Sobre o tema, colho o seguinte:

“APELAÇÃO CRIMINAL – HOMÍCIDIO QUALIFICADO TENTADO – ERRO NA EXECUÇÃO – TRÊS VÍTIMAS – ANULAÇÃO DO JULGAMENTO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDITOS – ELEMENTOS DE CONVICÇÃO PRESENTES – PENA-BASE – MODULADORA REFERENTE À CULPABILIDADE NEUTRALIZADA – PATAMAR DA TENTATIVA – LONGO ITER CRIMINIS PERCORRIDO – REDUÇÃO MANTIDA – CONCURSO FORMAL RECONHECIDO – ELEVAÇÃO EM 1/5 (UM QUINTO) – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. (...) 7. Configura-se o concurso formal de crimes se o agente, mediante uma ação, pratica três delitos de homicídio qualificado tentado, devendo-se aplicar, por corolário, a regra do art. 70, caput, do Código Penal, com acréscimo da fração de 1/5 (um quinto).” (TJMS, Apelação - Nº 0001488-86.2014.8.12.0002 – Dourados, Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, j. 26/04/2018)

Nessa perspectiva, à luz do entendimento prevalente das Cortes Superiores, o número de crimes praticados em concurso formal, definirá o *quantum* de aumento para a pena influenciadora (mais grave das penas cabíveis ou, uma delas se iguais), balizado a teor do referido artigo, de 1/6 a 1/2. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“(...) Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento pelo concurso formal tem como critério o número de delitos praticados, configurando o constrangimento ilegal, uma vez que, sendo três os delitos praticados, o aumento deve ser de 1/5 e não 1/3 como fixado.” (HC 284.619/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

“Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento decorrente do concurso formal tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, o que não restou observado pelas instâncias ordinárias. Em verdade, o acréscimo correspondente ao número de duas infrações é a fração de 1/6 (um sexto). Precedentes.” (HC 361.766/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 20/10/2016, DJe 09/11/2016).

“A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a fração de aumento decorrente do concurso formal de crimes deve ser aferida de acordo com o número de delitos praticados. No caso dos autos, tendo sido praticado 4 (quatro) delitos, a fração de aumento deve ser de 1/4 (um quarto).” (HC 364.754/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 27/09/2016, DJe 10/10/2016).

Portanto, no caso em tela, a meu ver, configurado o concurso formal de 03 crimes (02 homicídios consumados e 01 tentado), deve a pena ser exasperada em 1/5 (um quinto).

Por reflexo, *ex officio*, aplico o disposto ao primeiro recorrente, Almir de Souza Kovacs.

Do redimensionamento das penas.

Do réu Almir de Souza Kovacs

Dos homicídios consumados:

Vítima F. Á. – Na 1ª fase, mantida somente duas moduladoras (culpabilidade e circunstâncias do crime) reduzo a pena para 12 (doze) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Na 2ª fase, sem agravante e atenuantes. Na 3ª fase, ausentes causas especiais de aumento, e mantido o patamar de 1/6 (um sexto) pela menor participação no crime, conforme fundamentos externados, reduzo a pena em definitivo para 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

Vítima W. de O. M. – Na 1ª fase, mantida somente duas moduladoras (culpabilidade e circunstâncias do crime) reduzo a pena para 12 (doze) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Na 2ª fase, sem agravante e atenuantes. Na 3ª fase, ausentes causas especiais de aumento, e mantido o patamar de 1/6 (um sexto) pela menor participação no crime, conforme fundamentos externados, reduzo a pena em definitivo para 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

Do homicídio tentado:

Vítima S. Á. dos S. – Na 1ª fase, mantida somente duas moduladoras (culpabilidade e circunstâncias do crime) reduzo a pena para 12 (doze) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Na 2ª fase, sem agravante e atenuantes. Na 3ª fase, ausentes causas especiais de aumento, e mantido o patamar de 1/6 (um sexto) pela menor participação no crime, conforme fundamentos externados, reduzo a pena para 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Considerando a tentativa (art. 14, II, do CP) e patamar aplicado de 1/2 (metade), reduzo a pena em definitivo para 05 (cinco) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

Ante o reconhecimento, *ex officio*, do concurso formal dos delitos, aplico as regras do art. 70, do CP, aumentando a pena influenciadora em 1/5 (um quinto), fixando-as definitivamente em 12 (doze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Do réu Leandro Santana

Considerando que não foram decotadas nenhuma das circunstâncias e mantidas nos patamares da sentença, aplico as regras do art. 70, do CP e aumento a pena influenciadora em 1/5 (um quinto), fixando-as definitivamente em 16 (dezesesseis) anos e 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, no regime inicial fechado.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescinde de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou parcial provimento aos recursos para, com relação a Almir de Souza Kovacs, reduzir-lhe a pena-base, e *ex officio*, aplicar a regra do concurso formal de crimes, fixando sua condenação definitiva em 12 (doze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e, quanto a Leandro Santana, apenas aplicar a regra do concurso

formal de crimes, totalizando sua pena em 16 (dezesseis) anos e 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, também no regime inicial fechado.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Vogal)

Divirjo do Relator, quanto à reforma da sentença de ofício, a fim de manter o concurso material de crimes, com a aplicação cumulada das penas fixadas, nos termos do art. 69 do CP.

Incabível, pois, no meu entendimento, o reconhecimento do concurso formal próprio de crimes, tendo em vista que os crimes praticados pelos réus não partiram de uma mesma unidade de desígnios. Pelos elementos do processo, sobretudo as circunstâncias fáticas, ficou claro que os réus desejavam autonomamente a morte de cada uma das vítimas, tanto que os disparos efetuados atingiram todas as vítimas em regiões letais do corpo humano. Aliás, é exatamente a dinâmica fática dos disparos, conforme laudos periciais de f. 65-74, que não deixam dúvidas sobre a verdadeira intenção dos réus, que era matar todas as vítimas, conseguindo o resultado quanto duas delas, de modo que, quanto a última, o resultado morte somente não foi alcançado por circunstâncias alheias às suas vontades.

Dessa forma, mantenho o concurso material de crimes, nos termos da sentença.

Posto isso, em parte com o parecer, nego provimento ao recurso de Leandro e dou parcial provimento ao recurso de Almir, apenas para reduzir a pena-base, afastando os antecedentes. No mais, fica mantida a sentença.

Caso prevaleça esse voto, voltem-me os autos conclusos para redimensionamento das penas do réu Almir.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte com o parecer, deram parcial provimento aos recursos e, de ofício, reconheceram o concurso formal de crimes, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 6 de novembro de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0007497-41.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – CRIME DE TORTURA EM DECORRÊNCIA DE HOMOFOBIA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE MAUS TRATOS – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DE ELEMENTOS TÍPICOS DO TIPO PENAL – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO, COM O PARECER.

Não há falar em absolvição do apelante por insuficiência probatória sobre a autoria delitiva se os elementos de convicção obtidos durante a instrução processual são robustos e não deixam dúvidas quanto a autoria delitiva.

O delito de tortura traz elementos normativo e subjetivo que afastam qualquer dúvida em comparação ao crime de maus-tratos. No caso da tortura, a vítima é submetida a intenso sofrimento físico ou mental, enquanto no delito de maus-tratos basta a provocação de simples perigo. Ademais, a intenção do agente, ao torturar, é calcada no horror, visando causar sofrimento à vítima.

Recurso ao qual se nega provimento, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 6 de novembro de 2018.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de apelação criminal interposta por A.A.F., contra sentença de f. 231-237, que o condenou à pena de 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime aberto, pela prática do delito descrito no art. 1º, inciso II, e § 4º, inciso II, da Lei 9.455/97 (por três vezes), c/c artigo 71 do Código Penal.

Em suas razões às f. 246-264, o apelante requer sua absolvição, aduzindo insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação do crime de tortura para o delito de maus-tratos, disposto no art. 136 do Código Penal.

Contrarrazões às f. 271-294, opinando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer às f. 301-307 opinou também nesse sentido.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por A.A.F., contra sentença de f. 231-237, que o condenou à pena de 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime aberto, pela prática do delito descrito no art. 1º, inciso II, e § 4º, inciso II, da Lei 9.455/97 (por três vezes), c/c artigo 71 do Código Penal.

Em suas razões às f. 246-264, o apelante requer sua absolvição, aduzindo insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação do crime de tortura para o delito de maus-tratos, disposto no art. 136 do Código Penal.

Contrarrazões às f. 271-294, opinando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer às f. 301-307 opinou também nesse sentido.

Feita essa digressão, passo ao voto.

Ab initio, insta observar o que constou na denúncia de f. 01-05:

Consta dos autos de inquérito policial em epígrafe que, no dia 29 de julho de 2013, por volta da 02h, na Rua Generoso de Siqueira, nº 62, bairro Centro, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado A.A.F., em três oportunidades, submeteu seu filho, o adolescente A.A.N.F. (certidão de nascimento de f. 12), o qual, à época, estava sob sua guarda, com emprego de violência e grave ameaça, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar-lhe castigo pessoal devido a sua orientação sexual, causando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito de f. 44-47 e demonstrados nas fotografias juntadas às f. 32-33. Restou apurado nos autos que os pais da vítima estavam separados há, aproximadamente, duas semanas do dia dos fatos, sendo que, nesta data, no horário e endereço acima mencionados, após a vítima ter saído da casa onde estava residindo com o genitor e ora denunciado para comprar cigarros e para lá retornado, o denunciado, nervoso com essa saída do filho, trancou toda a casa, desligou a energia da residência e tentou trancar a vítima no quarto, momento em que a vítima conversou com ele para que assim não agisse, e, então, o denunciado desferiu um soco no rosto da vítima, fazendo com que ela caísse no chão, e, aproveitando-se da situação de vulnerabilidade dela, subiu em cima da vítima, como se estivesse nela montado, e passou a agredi-la intensamente, com tapas e socos em seu rosto. Nesse momento, o denunciado, além de espancar a vítima, proferia-lhe palavras de humilhação devido ao fato dele não aceitar que o filho seja homossexual, tais como gay tem que apanhar mesmo, lixo, vagabundo. Tais agressões somente vieram a cessar por interferência do irmão da vítima, M.V.N.F., o qual conduziu a vítima já ferida à casa da avó materna, que fica a, aproximadamente, três quadras da casa do denunciado, onde sua mãe estava residindo. Segundo apurado nos autos, ainda, quando a vítima estava em frente da residência de sua avó materna, M.S.G.N., localizada na Rua Oscar Guimarães, nº 86, bairro Centro, nesta cidade, o denunciado a abordou, não permitindo que ela ingressasse no interior da referida residência e reiniciou o espancamento, ocasião em que jogou a vítima ao solo, subiu novamente em cima dela, como se estivesse nela montado, e passou a desferir socos no rosto da vítima e bater com a cabeça dela no asfalto. Nessa oportunidade, ainda, o denunciado continuou a praticar os atos de humilhação referentes à orientação sexual da vítima, dizendo-lhe vou tirar o capeta de você, endemoninhado, vou tirar o capeta de você na unha. Ato seguido, o denunciado colocou a vítima em seu veículo, tendo dito à genitora dela que iria levá-la até o Hospital Unimed desta cidade porque a vítima estava sob sua guarda, e, juntamente

com o irmão da vítima, conduziu-a em direção a este local, porém, como esqueceu a carteira com os documentos, teve que retornar à casa da avó da vítima, sendo que, nesse trajeto, o denunciado continuou com as agressões morais contra a vítima, proferindo-lhe, inclusive, ameaça de morte, dizendo de agora em diante vai ser assim, vou amarrar ele, levá-lo para a fazenda, vou levá-lo para o córrego, e se não mudar mato ele lá mesmo. Apurou-se nos autos, também, que, ao chegarem à casa da avó da vítima, o denunciado desceu de seu veículo para buscar a carteira que havia esquecido e, ao retornar da casa, passou a amarrar a perna da vítima com uma corda e, com força, tentava retirá-la da caminhonete, tendo, em determinado momento, amarrado a ponta da corda no engate do referido veículo dizendo que iria arrastar a vítima pelo asfalto, somente não conseguindo praticar tal ato porque, novamente, foi impedido pelo irmão da vítima. Ato contínuo, a polícia militar chegou ao local dos fatos e o denunciado conduziu a vítima novamente ao hospital, agora em companhia do tio dela, V.N.J., contudo, nesse trajeto e depois da vítima já internada, o denunciado continuou com as práticas humilhantes referentes à orientação sexual do filho e ora vítima, dizendo, por exemplo, que iria levá-la para a fazenda e colocá-la em um formigueiro, além de ameaçá-la de causar-lhe mal usando palavras de baixo calão. Dessa violência física toda empregada pelo denunciado contra a vítima, resultou em vários ferimentos, sendo eles na cabeça, ombro, perna e punho. É dos autos, ainda, que, ao chegarem ao hospital, o denunciado demonstrou mais preocupação em obter um tratamento psiquiátrico para o filho e ora vítima que com os ferimentos que ela apresentava, sendo de conhecimento da família, nesse sentido, inclusive, que o denunciado já cogitou internar a vítima em hospital psiquiátrico, pois ela estaria com problemas mentais relacionados à homossexualidade. É dos autos, por fim, que o denunciado sempre apresentou comportamento agressivo no seio familiar, possuindo vários boletins de ocorrência envolvendo violência doméstica registrados em seu desfavor (f. 28-29), e demonstrou ser intolerante em relação à orientação sexual do filho e ora vítima.

Do pleito absolutório.

O apelante almeja sua absolvição sob argumento de insuficiência probatória.

Melhor sorte não lhe assiste.

A materialidade do delito mostrou-se comprovada pela portaria às f. 06-09, boletim de ocorrência (f. 11-12), laudo de exame de corpo de delito (f. 48-51), cópias de fotografias (f. 36-37), bem como pelas demais provas angariadas aos autos.

Acerca da autoria, o recorrente A.A.F., ao ser interrogado em fase inquisitorial, usufruiu seu direito constitucional de permanecer em silêncio. Contudo, em juízo (sistema audiovisual às f. 175), o réu afirmou que na data dos fatos, a desavença que teve com seu filho teria sido motivada pelo fato deste ter saído para comprar cigarros e, ao retornar, não ter gostado que o réu lhe chamasse sua atenção, passando a desferir chutes e socos contra o apelante.

Ao ser indagado sobre as lesões demonstradas, o acusado afirmou que poderiam ter sido provocadas pela própria vítima, alegando que seu filho se debatia nos móveis e nas paredes da casa.

Por derradeiro, o acusado negou ter feito ameaças ao menor, bem como afirmou não ter amarrado-o em sua caminhonete com a intenção de puxá-lo para fora do veículo e arrastá-lo pelo chão, como consta na exordial acusatória.

Por outro lado, a vítima, A.A.N.F., em fase inquisitorial (f. 13-15), narrou sua versão dos fatos, aduzindo que, por ser homossexual, seu pai, ora acusado, lhe agredia verbal e fisicamente, proferindo palavras de humilhação, tais como: “gay tem que apanhar mesmo”, “lixo” e “vagabundo”.

Ademais, a vítima declarou que na data dos fatos, saiu para comprar cigarros e, ao retornar – por não ter aprovado a conduta do filho – seu pai lhe desferiu um soco no rosto e o trancou dentro de casa, desligando a energia elétrica da residência, ato que desencadeou uma luta corporal entre os dois, sendo as agressões cessadas por interferência de seu irmão, M.V.N.F. que, posteriormente, conduziu o menor até a casa de sua avó materna, local onde residia sua genitora.

Ato contínuo, ao chegarem no local, o acusado – que teria seguido os dois irmãos – agrediu novamente a vítima, jogando-o no chão, desferindo socos em seu rosto e batendo sua cabeça contra o asfalto, fato que teria sido presenciado por sua mãe, que se encontrava no local. Confira-se:

(...)

Ministério Público: Ele chegou a subir sobre o seu corpo?

Vítima: Exatamente, e tentava amarrar minha perna no meu braço assim, não sei o que ele ia fazer. Pra talvez poder me bater amarrado.

Ministério Público: Nessa hora quando você já tava deitado.

Vítima: No chão.

Ministério Público: O que ele fez, ele desferiu que tipo de golpe?

Vítima: Ah, socos, chutes.

Ministério Público: Mas no rosto?

Vítima: No rosto, nas pernas, onde ele alcançava. Ele queria me amarrar. E eu me defendia com o braço, com tudo que eu podia. Entre a cama e a parede que eu caí. Na onde eu caí. E aí, nisso ele não conseguiu me amarrar, porque eu ficava, assim, me debatendo.

Ministério Público: Enquanto ele te agredia, o que ele falava?

Vítima: Me xingava de “gay, gayzinho, viadinho, gay”. “Gay tem que sofrer mesmo, gay tem que apanhar. Isso é pouco pra você”.

Ministério Público: Lixo? Vagabundo?

Vítima: Lixo, vagabundo. Tudo isso.

Ministério Público: Ele, é, não aceitava sua orientação sexual?

Vítima: Não, mas é eu não tinha assumido pra ele recentemente. Já fazia um ano. Eu assumi pra ele em 25 de fevereiro de 2011, pra minha família inteira. E desde lá, ele já me bateu, já me, com um canivete na cabeça.

Ministério Público: Ele nunca se conformou com essa situação?

Vítima: Hum, não, não. É realmente uma coisa.

Realmente.

Ministério Público: Ele sempre te tratou de forma.

Vítima: Diferencial.

Ministério Público: Agressivo por conta disso?

Vítima: É. Qualquer coisa que eu fazia errada, é, ele me, ele aumentava aquilo por causa da minha orientação sexual.

Alude ainda, que o acusado teria amarrado sua perna no engate de um veículo, dizendo que iria arrastá-lo pelo asfalto e que: “*de agora em diante vai ser assim, vou amarrar ele, levá-lo para a fazenda, vou levá-lo para o ‘córrego’, e se não mudar mato ele lá mesmo*”, sendo novamente impedido pelo irmão da vítima; veja-se:

Vítima: Na corda. Que eu lembro até quando ele amarrou, até doeu bastante, saiu um pouco da pele, e começou a me puxar, puxar a corda assim pro meio da rua e falou assim: agora vou amarrar você na caminhonete, tipo assim, agora eu vou te arrastar, aí quando ele puxou, começou a puxar a corda assim pro meio da rua pra engatar no engate da caminhonete, meu irmão viu que minha perna tava tipo assim, rasgando, assim, ele pegou, puxou a corda do outro lado e falou: já chega, já chega, já chega, você tá louco?, e tirou minha perna da corda e aí, e eu já tava chorando, tipo assim, eu tava dentro da caminhonete assim, tipo assim, eu nem tinha força mais pra me defender do que ele tava fazendo e mesmo assim ele ainda tinha raiva, raiva, raiva, e eu já tava assim sem força pra me defender das coisas que ele fazia. Meu irmão já tava (inaudível) aquilo ali, ele falou: já chega, você é louco?, e aí ele me tirou, desamarrou a corda e aí meu tio voltou, e nisso chegou a polícia, foram dois camburões, camburões, e aí eu acho que foi os vizinhos que chamaram, e aí um foi minha mãe que foi conversar e o outro foi ele né, falar que não era nada, e aí eu não sei, não sei o que aconteceu que os camburões foram embora (...)

É mister esclarecer que em decorrência das agressões sofridas, a vítima foi levada ao hospital, momento em que o agressor solicitou que seu filho fosse submetido a tratamento psicológico, por entender que sua orientação sexual se tratava de algum tipo de transtorno mental curável, demonstrando incômodo quanto a homossexualidade da vítima.

Convém pôr em relevo que as declarações mencionadas acima foram ratificadas pela vítima em juízo (f. 157-158).

Por sua vez, em depoimento prestado em fase inquisitorial (f. 20-22), bem como em juízo (sistema audiovisual, f. 130), S.G.N.F., mãe da vítima, confirmou que teria presenciado os fatos, narrando como ocorreram as agressões. Na oportunidade, salientou que desde o momento em que seu filho assumiu sua orientação sexual, o apelante começou a tratá-lo de forma agressiva e que em decorrência disso o menor passou a ter problemas de saúde como anorexia, depressão e bulimia, assim como problemas na escola.

Ademais, o irmão da vítima, M.V.N.F. e seu tio, V.N.J. em depoimentos às f. 24-28, ratificaram as alegações da vítima, asseverando que o acusado, de fato, o agredia constantemente.

No mesmo sentido das alegações supramencionadas, Robson Nivaldo Silva Ortega, responsável pelo atendimento da vítima ao chegar no hospital, declarou que A. apresentava lesões pelo corpo e que teria lhe dito que as agressões foram motivadas pela recusa de seu pai acerca de sua orientação sexual (sistema audiovisual, f. 175).

Destarte, na oportunidade em juízo, os policiais Aldair Rodrigues Coto, Edivino da Silva Bezerra e Antonio Carlos Moretti, aduziram que no dia dos fatos foram acionados por terceiros e que ao chegarem ao

local, foram rapidamente dispensados, tendo em vista que os envolvidos já teriam se acalmado. Porém, o militar Edivino da Silva narrou que no momento do atendimento, notou que a vítima encontrava-se nervosa, chorando nos braços de sua mãe e com uma escoriação no joelho (sistema audiovisual, f. 175).

Por seu turno, o delegado de polícia Paulo Henrique Rosseto de Souza, em juízo (sistema audiovisual, f. 175), declarou que a vítima teria sido lesionada fisicamente pelo pai por diversas vezes na mesma data e que em todas essas situações, segundo a própria vítima, o acusado deixava bem claro que as agressões eram fundadas em virtude de sua orientação sexual, com o intuito de tentar “retirar o demônio” que estava em seu corpo, bem como “educá-lo” para que deixasse de ser homossexual. Por fim, o depoente exaltou a brutalidade anormal na conduta do acusado; confira-se:

(...)

Ministério Público: E o senhor, pessoalmente, viu na vítima as lesões?

Depoente: Sim, a vítima possuía diversas lesões, tanto na face, como na, nas pernas, é, e a todo momento a vítima se demonstrava muito, muito temerosa com relação a essas agressões e principalmente pelo fato dela, é, de ela ser homossexual e depender da opção sexual dela.

Ministério Público: Sim. Doutor, o senhor se recorda o que a vítima falou acerca desse espancamento que o senhor citou agora mesmo?

Depoente: Sim, a primeira, o primeiro espancamento que ocorreu, as primeiras agressões teve uma, a vítima saiu pra, pra adquirir cigarro, alguma coisa assim, e ela retornou, já iniciou-se uma discussão entre o agressor e a vítima, momento em que ele chegou até mesmo a derrubar a vítima ao solo e desferir um soco na vítima, montou sobre a vítima, como a própria vítima menciona isso, como se, como se montasse em um cavalo, montou sobre a vítima e continuou agredindo ela até que foi separada pelo irmão da vítima que chegou ao local. Posteriormente, foram até a casa da avó, onde essas agressões perduraram, foram levar a vítima pro hospital em virtude da gravidade dos fatos, de imediato foram levar a vítima para o hospital, esqueceram a carteira do plano de saúde, retornaram pra residência da avó, onde novamente a vítima foi, foi agredida, e a todo momento das agressões, mencionava-se, segundo a vítima, que era em virtude da sua opção sexual, que ia retirar esse demônio que estava na vítima como algo corretivo as agressões, como alo corretivo para que a vítima deixasse de ter a sua opção sexual.

Ministério Público: E esse espancamento era por meio de socos e tapas?

Depoente: Segundo a vítima, sim, tanto soco como tapas, e no final, salvo engano, chegou a pegar a corda e dizer que iria amarrar a vítima e iria arrastar a vítima pela cidade.

Ministério Público: Em certo momento ele chegou a bater a cabeça da vítima contra o asfalto?

Depoente: Contra o asfalto, quando ele subiu sobre ela na casa da avó, isso ele menciona muito bem, a vítima, o agressor, sobre ela, chegou a catar a cabeça e bate-la no chão no momento que houve intervenção de terceiros para que se evitasse o mal maior.

Ministério Público: Com esse contexto todo ainda houve ameaça?

Depoente: Ameaças.

Ministério Público: Falou se ele ia tirar o demônio da vítima?

Depoente: Ameaças, injúria, inclusive ameaças de morte se caso a vítima não se, não deixasse, isso a vítima deixou muito claro, né, caso a vítima não abandonasse a sua opção sexual, que, ou, ela deixasse a opção sexual, ou ele iria matá-la, a vítima, o acusado iria matá-la.

Ministério Público: E injúrias também, o senhor (inaudível).

Depoente: Xingamentos, gay, homossexual tem que morrer, endemoniado, que eu vou arrancar isso do seu corpo, lixo, a vítima chega a mencionar textualmente, salvo engano, a palavra lixo.

Ministério Público: Muitas humilhações?

Depoente: Muitas humilhações degradantes em virtude, exclusivamente, da opção sexual da vítima.

(...)

Ministério Público: O senhor quer adicionar mais alguma coisa que o senhor considere relevante?

Depoente: Sim, que esse foi o primeiro ato que nós tivemos, de agressões físicas voltadas para atos de homofobia e relacionados diretamente com a parte correcional, com a parte, como eu disse, entre aspas, educacional, então em virtude desse liame que existiu entre a agressão física, a condição de homossexual assumido da vítima e os atos, né, esses atos de agressões foram no sentido de correção, de educar, entre aspas, a conduta do filho, o que me deixou realmente bastante, assim, preocupado com a, com a atitude de violência, e ainda por mais de uma vez, né, se fosse um ato de violência seria de uma vez só, não, persistiu essa violência e os xingamentos do início ao final da, das agressões.

Ministério Público: E isso tudo demonstrou uma brutalidade, assim anormal?

Depoente: Uma brutalidade anormal por parte do agressor no que tange a, a forma pelo qual ele julga como correto pra educar, entre aspas, tentando educar, né, um filho com relação a sua opção sexual. (...)

Pois bem.

À vista do exposto, nota-se que a negativa de autoria isolada do apelante não é suficiente para justificar a reforma do decreto condenatório, em virtude da coerência e harmonia das declarações prestadas pela vítima, tanto em fase inquisitorial como em juízo, corroboradas pelos depoimentos das testemunhas e laudos periciais, apresentados na fase de inquérito. Nesse sentido, analisemos recente julgado deste Tribunal de Justiça:

EMENTA—APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA—CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA NA MODALIDADE CONTINUADA—PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS—ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL—INOCORRÊNCIA—CONTEXTO PROBATÓRIO SUBSIDIÀ A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO—NEGADO—PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DE PENA—REFUTADOS—RECURSO DESPROVIDO. I - Não há falar em absolvição do apelante por ausência de provas sobre a autoria delitiva, se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são consistentes no sentido de ensejar a manutenção da condenação.

II - Considerando o patamar de pena fixado e as circunstâncias judiciais desabonadoras, a manutenção do regime semiaberto é medida de rigor, nos termos do art. 33 § 3º, do Código Penal, bem como é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (TJMS. Apelação n. 0004022-65.2012.8.12.0101, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 23/07/2018, p: 24/07/2018)

Portanto, não restam dúvidas quanto a autoria do crime, vez que o acusado, por diversas vezes, submeteu seu filho a intenso sofrimento físico e mental com o intuito de castigá-lo, tão somente pelo fato de não aceitar sua orientação sexual. Logo, o pedido de absolvição pleiteado pela defesa não merece acolhimento, tendo em vista que as provas colhidas nos autos se mostram robustas e suficientes a demonstrar a prática do crime de tortura, praticado contra o menor, disposto no art. 1º, inciso II, e § 4º, inciso II, da Lei 9.455/97.

Da desclassificação para o crime de maus-tratos.

Subsidiariamente, o apelante requer a desclassificação do crime de tortura para o delito de maus-tratos, previsto no artigo 136 do Código Penal, sob o fundamento (f. 261):

“(...) Toda a conduta do réu em relação ao menor foi com o intuito de corrigir e disciplinar, nunca causar intenso sofrimento (tortura). Desta forma, se o réu cometeu qualquer ato em relação à suposta vítima, estes não podem ser considerados como tortura, mas sim maus tratos, conforme artigo 136, § 3º, do Código Penal. No caso, faz-se necessário distinguir tais delitos, cuja diferença básica entre eles está no elemento volitivo. O delito de maus-tratos tem como elemento subjetivo a vontade de corrigir ou de disciplinar, sendo que a tortura tem como elemento subjetivo a vontade de causar intenso sofrimento físico ou moral. Disto se extrai que a finalidade da conduta no caso de maus tratos é a repreensão de uma indisciplina e na conduta da tortura é a de causar sofrimento na vítima. Diante dos relatos contidos nos autos, não se pode afirmar que o acusado tinha a intenção de causar o padecimento do adolescente, não havendo prova cabal acerca da intenção de causar deliberado sofrimento. Os atos do réu não caracterizam tortura e não ofenderam a integridade somatopsíquica (ou psicossomática) do menor. Assim, vislumbra-se que não há prova robusta sobre o dolo do acusado quanto ao especial fim de agir inerente ao delito de tortura (impingir sofrimento insuportável). Todos os atos do réu nas correções e castigos se deram em razão de indisciplina e desobediência por parte da criança.”

Sem razão o apelante.

O crime previsto no artigo 136 do Código Penal é praticado quando o agente:

(...) expõe a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção e disciplina.

Na definição de Nélson Hungria¹:

“Educação compreende toda atividade docente destinada a aperfeiçoar, sob o aspecto intelectual, moral técnico ou profissional, a capacidade individual. Ensino é tomado aqui, em sentido menos amplo que o de educação: é a ministração de conhecimentos que devem formar o fundo comum de cultura (ensino primário, ensino propedêutico). Tratamento abrange não só o emprego de meios e cuidados no sentido da cura de moléstias, como o fato continuado de prover a subsistência de uma pessoa. Finalmente, custódia deve

¹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: v. 5, 6, 7 (1958); v. 8 (1947); v. 9 (1959)

ser entendida em sentido estrito: refere-se à detenção de uma pessoa para fim autorizado em lei.”

No caso dos autos, contrário às declarações do réu, ficou demonstrado que o apelante submetia seu filho – com 16 (dezesesseis) anos à época dos fatos – a situações degradantes, agredindo-o verbal e fisicamente como forma de castigo pessoal, tendo em vista, unicamente, sua orientação sexual.

Vejamos a lição de Rogério Sanches Cunha²:

(...) Embora com textos semelhantes, o delito de tortura traz elementos normativo e subjetivo que evitam qualquer confusão. Exige-se, no caso da tortura, que a vítima seja submetida a intenso sofrimento físico ou mental, enquanto no delito de maus-tratos basta a provocação de simples perigo. Ademais, a intenção do agente, ao torturar, é calcada no horror, visando causar sofrimento à vítima. No crime de maus-tratos, o agente age com abuso do exercício de um direito regular.

Logo, a alegação defensiva que aduz terem sido as agressões decorrentes da vontade do acusado em corrigir indisciplina e desobediência da vítima são infundadas, haja vista estar presente o elemento subjetivo do crime de tortura, isso porque, o apelante apenas castigava o menor, submetendo-o a intenso sofrimento como forma de puni-lo – e não corrigi-lo – baseando-se tão somente na orientação sexual da vítima para justificar suas agressões.

Desta sorte, o pedido de desclassificação da conduta do apelante para o crime descrito no artigo 136 do Código Penal não merece acolhimento.

Prequestionamento.

No que tange ao questionamento ventilado, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Dispositivo.

Ex positis, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por A.A.F., a fim de manter a sentença que o condenou à pena de 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime aberto, pela prática do delito descrito no art. 1º, inciso II, e § 4º, inciso II, da Lei 9.455/97 (por três vezes), c/c artigo 71 do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 6 de novembro de 2018.

² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal - parte especial** (arts. 121 ao 361). 6 ed. Bahia: Juspodium, 2014.

2ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* nº 1412573-51.2018.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. José Ale Ahmad Netto**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ACESSO AOS ELEMENTOS DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO – SÚMULA VINCULANTE Nº 14 DO STF – ACESSO LIMITADO AOS ELEMENTOS ESSENCIAIS AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA – PERTINÊNCIA – ORDEM PARCIALMENTE CONDEDIDA.

A teor da súmula vinculante nº 14 do STF, “*é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*”. Da literalidade do enunciado sumular tem-se que o direito ao acesso aos elementos de prova, já documentados no procedimento investigativo, alcança somente aqueles que digam respeito ao exercício do direito de defesa do respectivo investigado. O Superior Tribunal de Justiça consubstancia esse entendimento, assentando que “*o direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrange, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias, mormente as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos*” (STJ, HC 185495 / DF, 5ª turma, Ministra Laurita Vaz, julg. 13/09/2011, publ. 21/09/2011 e precedentes).

Com o parecer, ordem parcialmente concedida para confirmar a liminar deferida, no sentido de ser franqueado o acesso, pela defesa, aos elementos do procedimento investigativo, com a ressalva de que deve se limitar aos documentados e essenciais ao exercício do direito de defesa do paciente, preservando-se o sigilo com relação aos demais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, conceder parcialmente unânime.

Campo Grande, 4 de dezembro de 2018.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Os advogados José Belga Assis Trad e Rodrigo Presa Paz ingressam com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Garon Maia Filho sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte dos promotores do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco).

Esclarece que paciente foi intimado para comparecer na sede do Gaeco no dia 09 de novembro de 2018, às 09:30, para prestar esclarecimentos sobre os fatos investigados no Procedimento Investigatório

Criminal nº 06.2018.00002143-2, do qual não lhe foi dado acesso acerca do que se tratava e nem em que condições seria inquirido, ou seja, se como investigado, suspeito, indiciado ou testemunha.

Sustenta que os impetrantes requereram acesso aos autos, dirigindo-se o primeiro impetrante pessoalmente à sede da promotoria, na data de 07/11/2018, ocasião em que foi informado pelo Promotor de Justiça Thiago di Giulio Freire, por intermédio do seu assessor Guilherme, que o pedido não será permitido, uma vez que o paciente é mero informante e será inquirido apenas na condição de testemunha.

Afirma que a negativa de prévio acesso às informações dos autos acaba por ofender seu direito à ampla defesa, mesmo que inquirido na condição de testemunha, nos termos da Súmula Vinculante de nº 14, do Supremo Tribunal Federal, e do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Assim, pede a concessão de liminar para, em virtude de não ter sido oportunizado acesso aos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 06.2018.00002143-2 com satisfatória antecedência, suspender a audiência designada para o dia 09/11/2018, às 09:30, ou para que seja reconhecido ao paciente o direito de permanecer em silêncio durante seu depoimento.

Instruíram a inicial os documentos de f. 06-10.

A liminar foi parcialmente deferida às f. 12-15.

A autoridade coatora prestou informações às f. 26-38.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo julgamento prejudicado da ordem (f. 42-44).

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Os advogados José Belga Assis Trad e Rodrigo Presa Paz ingressam com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Garon Maia Filho sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte dos promotores do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco).

Esclarece que paciente foi intimado para comparecer na sede do Gaeco no dia 09 de novembro de 2018, às 09:30, para prestar esclarecimentos sobre os fatos investigados no Procedimento Investigatório Criminal nº 06.2018.00002143-2, do qual não lhe foi dado acesso acerca do que se tratava e nem em que condições seria inquirido, ou seja, se como investigado, suspeito, indiciado ou testemunha.

Sustenta que os impetrantes requereram acesso aos autos, dirigindo-se o primeiro impetrante pessoalmente à sede da Promotoria, na data de 07/11/2018, ocasião em que foi informado pelo promotor de Justiça Thiago di Giulio Freire, por intermédio do seu assessor Guilherme, que o pedido não será permitido, uma vez que o paciente é mero informante e será inquirido apenas na condição de testemunha.

Afirma que a negativa de prévio acesso às informações dos autos acaba por ofender seu direito à ampla defesa, mesmo que inquirido na condição de testemunha, nos termos da Súmula Vinculante de nº 14, do Supremo Tribunal Federal, e do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Assim, pede a concessão de liminar para, em virtude de não ter sido oportunizado acesso aos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 06.2018.00002143-2 com satisfatória antecedência, suspender a audiência designada para o dia 09/11/2018, às 09:30, ou para que seja reconhecido ao paciente o direito de permanecer em silêncio durante seu depoimento.

Instruíram a inicial os documentos de f. 06-10.

A liminar foi parcialmente deferida às f. 12-15.

A autoridade coatora prestou informações às f. 26-38.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo julgamento prejudicado da ordem (f. 42-44).

Passo a análise do mérito recursal.

Os impetrantes, advogados constituídos do paciente, pleiteiam acesso ao Procedimento Investigativo nº 06.2017.00002334-8, haja vista ter sido seu cliente notificado pelos promotores de justiça do GAECO, a prestar depoimento na data de 09/11/2018. Além disso, pedem a suspensão da audiência até que seja franqueado acesso aos autos com razoável antecedência, bem como que lhe seja garantido ao paciente o direito constitucional ao silêncio.

Inicialmente, não há que se falar em prejudicialidade do objeto do remédio constitucional, uma vez que o acesso aos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 06.2018.00002143-2/GAECO, concedido liminarmente, deve ser confirmado por sentença.

Mesmo que a liminar tenha caráter satisfativo, não ocorre a alegada prejudicialidade, impondo-se o enfrentamento do mérito para a efetiva prestação jurisdicional, pois apenas a sentença de mérito produz coisa julgada formal e material.

A extinção do processo sem análise do mérito acarretaria na revogação da liminar concedida, desobrigando a autoridade coatora a dar acesso à defesa do paciente aos autos do procedimento investigatório.

Assim, afasto a prejudicialidade do presente *habeas corpus*.

Após uma detida análise da matéria em evidência, tenho que a ordem deve ser parcialmente concedida.

Ab initio, no que atine ao direito de acesso às peças do inquérito, veja-se o que dispõe a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal:

“Súmula 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (grifei)

Note-se que da própria literalidade do enunciado sumular infere-se que o direito ao acesso aos elementos de prova, já documentados no procedimento investigativo, alcança somente aqueles que digam respeito ao exercício do direito de defesa do respectivo investigado.

Subsumindo-se à hipótese *in tela*, embora faça jus a defesa ao acesso aos elementos de prova, cinge-se a garantia àqueles já documentados no inquérito e – ressalte-se - aos pertinentes ao direito de defesa do ora paciente Geron Maia Filho.

Portanto, não lhe é conferido amplo e irrestrito acesso, senão o limitado aos documentos essenciais ao exercício do direito de defesa do paciente.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça cuidou de enfatizar esse raciocínio, observe-se:

“(...) O direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrange, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias, mormente as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos.” (STF, EDcl no HC 94.387/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 21/05/2010). Precedentes.” (STJ, HC 185495/DF, 5.^a turma, Ministra Laurita Vaz, julg. 13/09/2011, publ. 21/09/2011). (destaquei).

“PROCESSUAL PENAL – ART. 4º, ALÍNEA B, DA LEI Nº 1.521/51, ART. 1º DA LEI Nº 9.613/98 E ART. 288 DO CÓDIGO PENAL – PRISÃO CAUTELAR – NULIDADE – VIOLAÇÃO AO TEOR DA SÚMULA VINCULANTE Nº 14 – NÃO OCORRÊNCIA – INQUÉRITO POLICIAL – PROCEDIMENTO INQUISITÓRIO – CERCEAMENTO DE ACESSO AOS AUTOS NÃO EVIDENCIADO – FUNDAMENTAÇÃO – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA – GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ELEMENTOS CONCRETOS – RÉ FORAGIDA – ORDEM DENEGADA. 1. A súmula vinculante nº 14 não possui o condão de alterar a natureza do procedimento investigatório, expressando apenas o direito de acesso pela defesa aos elementos de convicção já documentados pelo órgão com competência de polícia e que digam respeito ao exercício legítimo do direito de defesa. (...)”. (STJ, HC 398527 / RJ, 6ª turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julg. 13/06/2017, publ. 23/06/2017)

Assim, deve ser assegurado aos impetrantes, advogados regularmente constituídos pelo paciente, o direito de acesso aos citados autos de procedimento investigatório, com relação aos dados referentes ao mesmo.

Com efeito, ratifica-se a liminar concedida no tocante a ser franqueado o acesso aos elementos do procedimento investigativo ao paciente e sua Defesa, limitando-se àqueles essenciais ao exercício do seu direito de defesa, ressalvado o sigilo com relação aos demais.

Cumpre, ainda, tecer um breve adendo: nas informações de f. 26-38 a autoridade indigitada coatora consigna que até então o paciente figura como testemunha/vítima no inquérito em questão, sustentando que, por essa razão, não estaria albergado pela súmula vinculante nº 14 do STF. Todavia, também se reporta a circunstâncias que estão sendo apuradas, passíveis de incriminarem o paciente, motivo pelo qual, é adequada a medida de lhe conferir o acesso, nos limites apontados.

Por derradeiro, quanto ao exercício do direito ao silêncio, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, sobretudo porque o paciente não foi tolhido desse direito.

Conclui-se, destarte, pela parcial concessão da ordem, devendo ser conferido ao paciente/à sua Defesa o acesso aos elementos do inquérito (somente aqueles essenciais ao seu direito de Defesa). No mais, não há constrangimento ilegal relativo ao evocado direito ao silêncio.

Ante o exposto, com o parecer, concedo parcialmente a ordem para confirmar a liminar concedida, no sentido de ser franqueado o acesso, pela defesa, aos elementos do procedimento investigativo, com a ressalva de que deve se limitar aos documentados e essenciais ao exercício do direito de defesa do paciente Garon Maia Filho, preservando-se o sigilo com relação aos demais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Concederam parcialmente unanime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 4 de dezembro de 2018.

1ª Seção Criminal**Revisão Criminal nº 1600682-49.2018.8.12.0000 - Dourados****Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva**

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO TENTADO – REDUÇÃO DA PENA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – PEDIDO DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO A CORRÉU – IDENTIDADE DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS – APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CP – CONFISSÃO – REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – ENUNCIADO 231 DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Conhece-se da revisão criminal que aborda questão de ordem pública, como a ocorrência de erro técnico ou injustiça na fixação da pena.

Em se tratando da mesma situação fático-processual em relação ao corréu, beneficiado com a redução da pena aquém da obtida pelo requerente, assim como pela igualdade das circunstâncias judiciais valoradas, de rigor a extensão dos efeitos da decisão benéfica, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

Reduz-se a pena intermediária ao mínimo legal na segunda fase da dosimetria quando a diminuição em 1/6, embora seja o critério mais adequado, implicar violação ao princípio da reserva legal e ao sistema trifásico de individualização.

Em parte com o parecer. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, defere parcialmente a revisão criminal.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de revisão criminal interposta por Jeferson Vieira Cunha, contra a sentença de f. 18-41 que o condenou à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado, e à multa de 07 (sete) dias-multa, por infração ao art. 157, § 3º, 2ª parte, c/c art. 14, II, ambos do CP.

Assim, pelas razões expostas a f. 10-17, postula, em síntese, a extensão dos efeitos da decisão proferida em favor do corréu Jeova Leite de Carvalho Júnior nos autos do REsp nº 194.103/MS (2012/0128043-8) a fim de ter redimensionada a sua pena-base para 21 (vinte e um) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Outrossim, pugna a aplicação da atenuante da confissão espontânea no patamar de 1/6.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 164-170, opina pelo provimento parcial, a fim de reduzir a pena-base do requerente.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de revisão criminal interposta por Jeferson Vieira Cunha contra a sentença de f. 18-41 que o condenou à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado, e à multa de 07 (sete) dias-multa, por infração ao art. 157, § 3º, 2ª parte, c/c art. 14, II, ambos do CP.

Assim, pelas razões expostas a f. 10-17, postula, em síntese, a extensão dos efeitos da decisão proferida em favor do corréu Jeova Leite de Carvalho Júnior nos autos do REsp nº 194.103/MS (2012/0128043-8) a fim de ter redimensionada a sua pena-base para 21 (vinte e um) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Outrossim, pugna a aplicação da atenuante da confissão espontânea no patamar de 1/6.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 164-170, opina pelo provimento parcial, a fim de reduzir a pena-base do requerente.

É o que basta para analisar a pretensão.

Segundo a jurisprudência firmada por este Sodalício, muito embora o art. 621 do CPP disponha de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é possível o conhecimento da revisional quando o pedido funda-se em erro técnico ou injustiça evidente.

A Seção Criminal deste Sodalício já pacificou entendimento no sentido da possibilidade de alargamento das hipóteses de cabimento de revisão criminal sempre que presente algum risco de injustiça, seja na condenação ou na aplicação da pena. Confira-se, com redução ao necessário e sem grifo na origem:

“REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO ARGUIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. (...). À revisão criminal, ainda que ação de fundamentação vinculada, deve-se dar elasticidade máxima nas suas hipóteses de cabimento previstas no art. 621 do código de processo penal, sob pena de perpetuação de teratologias. (...)” (TJMS; RVCr 1412404-06.2014.8.12.0000; Corumbá; Seção Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJMS 28/07/2015; Pág. 16).

“REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO – REJEITADA. (...). 1. Esta colenda seção criminal tem entendimento firmado no sentido de flexibilizar a regra prevista no artigo 621 do código de processo penal, para conhecer de ação de revisão criminal fundada em possível erro técnico ou injustiça evidente. (...)” (TJMS; RVCr 1409685-51.2014.8.12.0000; Fátima do Sul; Seção Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 27/03/2015; Pág. 25).

Os arts. 621 e 622 do CPP dispõem:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Art. 622 - A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas."

Assim, em casos como o dos autos, em que o pedido tem por finalidade possível readequação da pena, matéria de ordem pública, deve ser conhecido, exceto se as questões postas na revisional já tenham sido objeto de discussão específica no recurso anterior.

A questão trazida pelo requerente no pedido inicial diz respeito à aplicação do artigo 580 do CPP, sob o argumento de que o corréu Jeova Leite de Carvalho Júnior foi beneficiado com a redução da pena pelo STJ, obtendo um limite abaixo da pena que lhe foi fixada, depois de interposto o RESP n. 194.103/MS. Pede, porquanto, lhe seja concedida a extensão dos efeitos da decisão naquele recurso exarada. De tal forma, diante da possibilidade de readequação da pena, matéria de ordem pública, é de ser conhecida a demanda revisional.

O requerente ressaltou que também foi condenado pela prática de latrocínio tentado, por ter sido flagrado na mesma situação fática de Jeová, além de ostentar as mesmas circunstâncias judiciais ponderadas na dosimetria da pena (culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime).

Compulsando os autos, verifica-se que o requerente foi condenado pelo mesmo crime que Jeova Leite de Carvalho Júnior (tentativa de latrocínio), foram presos em flagrantes na mesma situação fática e sofreram, de início, idênticas penas em decorrência da valoração negativa dos vetores judiciais relativos à culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime.

Assim, diante da identidade das situações entre os réus, na medida em que foram presos nas mesmas condições e pelo mesmo fato, e que o corréu contou com a redução da pena aquém da obtida pelo requerente (21 (vinte e um) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa – f. 155), com base em fundamentação que não destacou qualquer circunstância de ordem pessoal, cabe, a teor do princípio da isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão do julgado benéfico obtido por Jeová (f. 144-156). Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – ARTIGOS 33 E 35, DA LEI Nº 11.343/2006 – PRISÃO FLAGRANCIAL CONVERTIDA EM PREVENTIVA – PLEITO DE SOLTURA – TESE DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – PROCEDÊNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL PATENTE – IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319, INCISOS I, IV E V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E DA CONDIÇÃO DISPOSTA NO ARTIGO 310, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REFERIDO ESTATUTO PROCESSUAL, SEM PREJUÍZO DAQUELAS QUE O MAGISTRADO A QUO ENTENDER NECESSÁRIAS, SOB PENA DE IMEDIATA REVOGAÇÃO – EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS, NOS TERMOS DO ART. 580, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS CONHECIDO E CONCEDIDO, RELAXANDO-SE A PRISÃO DA PACIENTE, MEDIANTE A IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES INSERTAS NO ART. 319, I, IV E V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E DA CONDIÇÃO PREVISTA NO ART. 310, PARÁGRAFO ÚNICO, DO MESMO DIPLOMA LEGAL, SEM PREJUÍZO DAQUELAS QUE O MAGISTRADO A QUO ENTENDER NECESSÁRIAS, TUDO SOB PENA DE IMEDIATA REVOGAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 312, PARÁGRAFO ÚNICO, DA REFERIDA LEI PROCESSUAL, COM EXTENSÃO, EX OFFICIO, DO BENEFÍCIO AOS CORRÉUS. 1. Afigura-se

patente o excesso de prazo na formação da culpa, haja vista que a paciente encontra-se presa desde 21/05/2015, sem que, até o presente momento, tenha sido iniciada a instrução processual, havendo audiência designada apenas para o dia 04/05/2016, quando contará com aproximadamente um ano reclusa, o que denota afronta ao princípio da razoabilidade, restando caracterizado o constrangimento ilegal ao seu jus libertatis, e, portanto, imperiosa a concessão da ordem, mormente quando a complexidade existente não justifica tamanha dilação e não há contribuição da defesa para sua ocorrência. 2. Todavia, considerando as circunstâncias do delito, notadamente a quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida (381g de maconha, 105g de cocaína e 131g de crack), constata-se a existência de periculosidade idônea a pôr em risco a ordem social, motivo por que se impõe a adoção das medidas cautelares previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal, quais sejam, o comparecimento quinzenal perante o Juízo para informar e justificar as suas atividades; a proibição de ausentar-se da Comarca de origem; e o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga; além da condição prevista no art. 310, parágrafo único, da Lei Processual Penal, ou seja, o dever de comparecimento a todos os atos do processo para os quais for intimada, tudo sem prejuízo das medidas que o magistrado a quo entender necessárias, cujo descumprimento deve implicar a imediata revogação do benefício, nos termos do art. 312, parágrafo único, do referido diploma legal. 3. Estende-se, de ofício, os efeitos desta decisão aos corréus Karoline Acácio de Sousa e Erimar Nunes da Silva, tal qual determina o art. 580, do Código de Processo Penal, porquanto observada a identidade de situações fático-processuais com relação à paciente. 4. Habeas corpus conhecido e concedido, relaxando-se a prisão da paciente, mediante a imposição das medidas cautelares insertas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal, e da condição prevista no art. 310, parágrafo único, do mesmo diploma legal, sem prejuízo daquelas que o Magistrado a quo entender necessárias, tudo sob pena de imediata revogação, nos termos do art. 312, parágrafo único, da referida Lei Processual, com extensão, ex officio, do benefício aos corréus. (TJCE; HC 0620262-21.2016.8.06.0000; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Francisca Adelineide Viana; DJCE 05/04/2016; Pág. 53)

Em sendo assim, de rigor a extensão dos efeitos pretendidos, qual seja a redução da pena-base pela prática do crime de latrocínio tentado para 21 (vinte e um) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Com relação ao critério de redução adotado em razão da incidência da atenuante da confissão espontânea, é certo que o índice mais utilizado pela doutrina e jurisprudência, tanto para atenuar quanto para agravar a pena é o de 1/6 (um sexto) e, neste caso, o *quantum* fixado foi inferior a este patamar.

Oportuno destacar aqui a definição de Ricardo Augusto Schmitt, ao comentar sobre o tema, na obra “Sentença Penal Condenatória” Teoria e Prática, 8ª edição, Ed. JusPODIVM, p. 213:

“(...) muito embora não tenhamos atualmente um consenso quanto ao patamar ideal a ser adotado, torna-se mais aceito pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) a aplicação do coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida (e valorada) – STF HC 69392/SP, HC 69666/PR, HC 73484-7.”

No entanto, deixo de aplicar o patamar de 1/6 (um sexto) para reduzir a pena em decorrência da atenuante da confissão uma vez que, desse modo, a pena intermediária resultaria aquém do mínimo legal, violando o princípio da reserva legal, pois o magistrado não pode ultrapassar as balizas mínima e máxima previstas no tipo penal. O sistema trifásico de individualização só permite tal operação na terceira fase da dosimetria, onde são consideradas as causas de aumento e de diminuição de pena.

É nesse sentido o enunciado da Súmula 231, do STJ, assim redigida: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

Em vista de tais considerações, na segunda fase da dosimetria reduzo a pena ao mínimo legal, qual seja, 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira etapa, em face da tentativa, reduz-se a pena em 1/3 (f. 156), redundando definitiva a pena de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena de Jeferson Vieira Cunha para 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa.

Prevalecendo este, e encontrando-se o apelante preso, oficie-se ao Juízo da Execução Criminal, comunicando a alteração da pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, defere parcialmente a revisão criminal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Emerson Cafure, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

3ª Câmara Criminal**Apelação nº 0802364-26.2015.8.12.0017 - Nova Andradina****Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE – ART. 38 DA LEI 9.605/98 – PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* – *EMENDATIO LIBELLI* – MOMENTO ADEQUADO – PROLAÇÃO DA SENTENÇA – DESTRUÇÃO DE FLORESTAS – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Havendo erro na correta tipificação dos fatos descritos pelo órgão ministerial, ou dúvida quanto ao exato enquadramento jurídico a eles dado, cumpre ao magistrado receber a denúncia tal como proposta, para que, no momento que for prolatar a sentença, proceda às correções necessárias.

Impõe-se à acusação o dever de comprovar a materialidade e a autoria do delito, de modo que, restando dúvidas acerca de qualquer uma delas, a absolvição é medida cabível.

Contra o parecer. Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL – IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA – CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE – ART. 48 DA LEI 9.605/98 – ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA – INOCORRÊNCIA – LICENÇA AMBIENTAL NULA – PRESCRIÇÃO – CRIME PERMANENTE – PRAZO NÃO DEFLAGRADO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – BEM JURÍDICO TUTELADO DE VALOR RELEVANTE – REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA À PENA CORPÓREA – SANÇÃO QUE DEVE SER READEQUADA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não se há falar em ausência de dolo ou culpa quando a licença ambiental mencionada pelo acusado foi declarada nula pelo STJ por confrontar normas ambientais.

O delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/1998 é crime permanente, cuja consumação protraí-se no tempo até que ocorra a cessação da atividade lesiva ao ambiente, momento a partir do qual se considera consumado e se inicia a contagem do prazo prescricional, nos termos do artigo 111, III, do Código Penal.

O princípio da insignificância tem como requisitos cumulativos: (a) - mínima ofensividade da conduta do agente; (b) - ausência de periculosidade social da ação; (c) - reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; (d) - inexpressividade da lesão jurídica. Não se considera insignificante conduta que resulte na violação ao meio ambiente.

A prestação pecuniária, por tratar-se de pena alternativa, deve guardar simetria com a pena privativa de liberdade. Tendo sido fixada a pena privativa de liberdade no patamar mínimo, deve a prestação pecuniária fixada em 25 salários mínimos ser reduzida também para o mínimo, qual seja, 01 salário-mínimo.

Contra o parecer. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso ministerial e dar parcial provimento ao recurso defensivo.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2018.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Ministério Público Estadual e Adecir Moresco, contra a sentença de f. 1563/1576 que condenou Adecir à pena de 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 48 da Lei 9.605/98.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 1585/1599, o Ministério Público postula, em suma, a condenação de Adecir pelo crime previsto no artigo 38 da Lei 9605/98 em concurso material com o crime do art. 48 da mesma lei.

Adecir Moresco, por sua vez, pelas razões expostas a f. 1609-1628, pugna, preliminarmente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, requer a absolvição por atipicidade da conduta, seja em razão da ausência de dolo ou em razão do princípio da insignificância, ou por insuficiência probatória (art. 386, VII, do CPP). Subsidiariamente, postula pela redução do valor da prestação pecuniária. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos indicados a f. 1626.

As contrarrazões vieram a f. 1629-1636 e f. 1646-1667.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 1675-1691, opina pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público e pelo conhecimento e desprovimento do recurso de Adecir.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e Adecir Moresco, contra a sentença de f. 1563-1576 que condenou Adecir à pena de 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 48 da Lei 9.605/98.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 1585-1599, o Ministério Público postula, em suma, a condenação de Adecir pelo crime previsto no artigo 38 da Lei 9605/98 em concurso material com o crime do art. 48 da mesma lei.

Adecir Moresco, por sua vez, pelas razões expostas a f. 1609-1628, pugna, preliminarmente, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, requer a absolvição por atipicidade da conduta, seja em razão da ausência de dolo ou em razão do princípio da insignificância, ou por insuficiência probatória (art. 386, VII, do CPP). Subsidiariamente, postula pela redução do valor da prestação pecuniária. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos indicados a f. 1626.

As contrarrazões vieram a f. 1629-1636 e f. 1646-1667.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 1675-1691, opina pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público e pelo conhecimento e desprovimento do recurso de Adecir.

É o que basta para analisar a pretensão.

Do recurso do Ministério Público:

Observa-se que, embora o Ministério Público tenha oferecido denúncia pela prática dos delitos previstos nos artigos 38 e 48 da Lei nº 9.605/98, ao prolatar a sentença, o magistrado singular realizou *emendatio libelli*, atribuindo aos fatos somente a capitulação do artigo 48 do referido diploma legal.

Com efeito, alega o Ministério Público, inicialmente, a impossibilidade de aplicação do referido instituto, em razão da ocorrência da preclusão *pro judicato*.

Em suma, a denúncia propõe apurar a suposta prática de crimes previstos na Lei 9.605/98, consubstanciada em suposta destruição de floresta de preservação permanente, disposta no art. 38, e no impedimento de sua regeneração, conforme art. 48, pelos quais seria responsável o apelado Adecir, proprietário do local.

No caso, ocorreu o instituto da *emendatio libelli*, o qual, conforme entendimento doutrinário, não ofende o princípio da correlação entre a acusação e sentença, muito menos os princípios do contraditório e da ampla defesa, já que é firme o entendimento de que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da imputação legal.

Nesse aspecto leciona o doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

“(...) *Emendatio libelli*: está prevista no art. 383, aplicável à sentença, e no art. 418, referente à pronúncia. Por força dela, o fato delituoso descrito na peça acusatória permanece o mesmo, ou seja, é mantida inalterada a base fática da imputação, limitando-se o juiz a corrigir uma classificação mal formulada, o que poderá ser feito ainda que haja a aplicação de pena mais grave. De fato, quando o art. 383, caput, do CPP, faz menção à definição jurídica diversa, refere-se à capitulação ou classificação feita pelo autor na inicial acusatória, em cumprimento ao disposto no art. 41 do CPP. Assim, das definições jurídicas diversas consiste apenas em alterar a capitulação, ou seja, fazer o juízo de tipicidade de maneira adequada, permanecendo inalterada a imputação fática.” (LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal Comentado. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2017.)

No mesmo sentido:

“PENAL E PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO – INADEQUAÇÃO – ART. 241-D DO ECA – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL NÃO EVIDENCIADA – TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME – EXCEPCIONALIDADE NA VIA DO WRIT – ATIPICIDADE DA CONDUTA – VÍTIMA MENOR DE DOZE ANOS À ÉPOCA DOS FATOS – ELEMENTAR DA FIGURA TÍPICA – AUSÊNCIA DE DOCUMENTO IDÔNEO QUE INFIRME A CONVICÇÃO ACUSATÓRIA DO PARQUET – EMENDATIO LIBELLI – POSSIBILIDADE DE NOVO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – CONDUTAS DEVIDAMENTE NARRADAS EPRESENÇA DE ELEMENTOS SUFICIENTES DE PROVA – NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL – WRIT NÃO CONHECIDO grifo nosso (...) 3. Conquanto a sentença deva guardar consonância plena com a denúncia,

corolário do princípio da congruência, importa reconhecer que o réu se defende dos fatos, não da adequação típica a eles conferida pela peça exordial. Nesse passo, admite-se a emendatio libelli, que não importa em mudança da base fática da imputação, mas tão somente em nova definição jurídica da conduta, ainda que implique pena mais severa, por ter o Julgador dado interpretação distinta quanto ao enquadramento jurídico do delito. (...)” (STJ; HC 334.570; Proc. 2015/0213638-9; PE; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 11/10/2017)

Portanto, no momento oportuno, qual seja, a sentença, foi utilizada a *emendatio libelli*, de maneira fundamentada pelo sentenciante, inexistindo portanto, qualquer nulidade. Cumpre observar que, em sede de recurso em sentido estrito, este Sodalício decidiu que, no caso em tela, havia elementos suficientes para a persecução penal pela prática de ambos os delitos, determinando a manutenção do recebimento da denúncia.

Destaca-se que, à época do julgamento do referido recurso, o mérito da questão não foi analisado, mas tão somente a existência de elementos aptos a ensejar a persecução penal.

Contudo, após o fim da instrução criminal, concluiu-se pela ausência de elementos probatórios suficientes para sustentar a condenação pela prática do delito previsto no artigo 38 da Lei 9.605/98, impondo-se a manutenção da absolvição.

Dispõe o referido artigo:

“(...) Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

Nas lições de Guilherme de Souza Nucci, o núcleo do tipo do delito em questão consiste em destruir (eliminar) ou danificar (estragar, deteriorar) floresta (grande quantidade de árvores aglomeradas) considerada de preservação permanente (conservação duradora, sem prazo determinado), mesmo que esteja em formação. (Nucci, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.)

A análise do tipo penal em comento revela que este possui, como elemento normativo, a palavra “floresta”, sendo tal, ainda, o objeto material do crime em questão.

Em relação ao conceito de floresta, o Superior Tribunal de Justiça assim considerou:

“(...) O elemento normativo ‘floresta’, constante do tipo de injusto do art. 38 da Lei 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira”. (STJ, Habeas Corpus nº 74.950/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 21/6/2007). (Grifou-se)

Como bem observado pela sentença,

“(...) Note-se que o Ministério Público não acusa o réu de destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente. E assim não o faz porque constatado que no local não havia floresta há décadas e que mesmo se estivesse evidenciado ter sido o réu o responsável pela destruição tal conduta estaria prescrita, visto que está descrito que o rancho encontra-se no local desde 2000 (...)” - f. 1565.

Em sendo assim, não restou configurada na hipótese a destruição ou danificação de área de terra mais ou menos extensa, coberta de árvores de grande porte, ou seja, de floresta, mas apenas a supressão de vegetação rasteira, não há como se falar na existência do delito tipificado no artigo 38 da Lei 9.605/98.

Do recurso de Adeir Moresco:

Da atipicidade da conduta por ausência de dolo ou culpa:

Argui o apelante, nesse sentido, que o rancho em questão foi edificado mediante licença ambiental concedida Imasul (Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul). Sustenta também que foi celebrado um termo de ajustamento de conduta entre o Imasul e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema (Aproprio).

Ocorre que ambos documentos foram declarados nulos pelo STJ, que também determinou a demolição do rancho do apelante, ao julgar o Recurso Especial de nº 1394005/MS, interposto pelo Ministério Público em ação civil pública pelo mesmo proposta. Atente-se:

“(...) Assim a concessão de licença ambiental e a celebração do TAC mencionado deram-se em frontal violação às normas ambientais, caracterizando em ausência de motivação do ato administrativo que autorizou a instalação de edificações questionadas, o que configura em vício originário, com reconhecimento de sua plena nulidade (...)” Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 08/10/2013.

Em vista disso, afasto a pretensão absolutória por ausência de dolo ou culpa.

Da prescrição:

O apelante defende a ocorrência de prescrição do delito previsto no art. 48 da Lei nº 9605/98, alegando tratar-se de conduta instantânea de efeito permanente.

A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a consumação do delito do artigo 48 da Lei nº 9.605/1998 não ocorre instantaneamente, mas protraí-se no tempo, porquanto o bem jurídico tutelado (impedir a regeneração da flora) é violado de forma contínua e duradoura, enquanto o agente mantém a edificação no terreno.

Com efeito, a consumação do referido delito, de natureza permanente, não se exaure com a construção em solo não edificável (crime instantâneo), porque se renova a cada momento, de modo que o bem jurídico tutelado continua sendo violado.

Por outro lado, a consumação perdura no tempo até que ocorra a cessação da atividade lesiva ao ambiente, momento a partir do qual se considera consumado e se inicia a contagem do prazo prescricional, nos termos do artigo 111, III, do Código Penal. Nesse sentido:

“PENAL – PROCESSO PENAL – ART. 20 DA LEI Nº 4.947/66 – INVASÃO DE TERRAS DA UNIÃO – ELEMENTOS DO TIPO PENAL – VIOLÊNCIA – NECESSIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DO TIPO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. O núcleo do tipo penal previsto no artigo 20, parágrafo único, da Lei nº 4.947/1966 é invadir, isto é, entrar à força, penetrar, fazer incursão, dominar, tomar, usurpar terra que sabe pertencer à União, Estados ou Municípios. 2. Ausente o elemento subjetivo do tipo, consistente na intenção de invadir terra pública para ocupá-la, deve ser mantida a absolvição do acusado, com fundamento no art. 386, II e III, do Código de Processo Penal. 3. O delito descrito no artigo 48 da Lei nº 9.605/98 é crime permanente, em que a consumação se prolonga no tempo, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua.

Preliminar de prescrição rejeitada. 4. Materialidade, autoria e dolo do delito do artigo 48 da Lei nº 9.605/98 comprovados. 5. Pena-base fixada pouco acima do mínimo legal, dada a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. 6. A culpabilidade mostra-se exacerbada, uma vez que o réu confirmou ter realizado intervenções sem autorização dos órgãos competentes, mesmo tendo plena consciência do ato ilícito, conforme ele mesmo admitiu. 7. As consequências do crime foram graves, uma vez que perpetrado em área de preservação permanente, dotada de função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. 8. Na segunda fase de fixação da pena, incide a atenuante da confissão CP, art. 65, III, d). 9. Substituída a pena privativa de liberdade por 01 (uma) restritiva de direitos, nos moldes do art. 44, § 2º, primeira parte, do CP. 10. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida.” (TRF 1ª R.; ACr 0002956-67.2014.4.01.3804; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Mônica Sifuentes; DJF1 27/03/2018) (grifamos)

Princípio da insignificância:

Pelo princípio da insignificância, é possível considerar atípico o fato quando a lesão ao bem jurídico for irrisória a ponto de não se justificar a atuação da máquina judiciária para persecução penal. Essa vertente, aliás, decorre do princípio da intervenção mínima, do qual se extrai a ideia de que o direito penal só deve cuidar de situações graves, de modo que o juiz criminal só venha a ser acionado para solucionar fatos relevantes para a coletividade, conforme pontua o Supremo Tribunal Federal:

“(...) O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) mínima ofensividade da conduta, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.”

Portanto, para declarar-se a atipicidade do fato em razão do princípio da insignificância é preciso que fique plenamente caracterizada a irrelevância penal da conduta e, sobretudo, a insignificância da lesão praticada, situações que, em sintonia, afastam a necessidade de imposição da sanção penal. Ademais, da mesma decisão acima transcrita extrai-se que para aplicação do princípio da insignificância exige-se a presença cumulativa de determinados requisitos, tidos como essenciais, cuja ausência impossibilita o reconhecimento da atipicidade material da conduta, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Logo, a declaração da atipicidade do fato, pelo princípio da insignificância, deve ser precedida da demonstração, cumulativa de tais requisitos.

Com base nessas diretrizes, essencial analisar tal princípio à luz do bem jurídico protegido, e não em sua perspectiva individual e imediata. Aqui o objeto jurídico tutelado pela norma é meio ambiente, de modo que, irrelevante considerar a maior ou menor extensão da área construída. Pondere-se, ainda, que se trata crime cometido contra a coletividade. Portanto, impossível considerar preenchido o requisito da inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Destaco recente julgado do STJ que, ao decidir sobre situação similar, nesse sentido fez constar:

“(...) A questão da relevância ou da insignificância das condutas lesivas ao meio ambiente não deve considerar apenas questões jurídicas ou a dimensão econômica da conduta, mas levar em conta o equilíbrio ecológico que faz possíveis as condições de vida no planeta. - REsp 1.626.599; Proc. 2016/0244725-0; SC; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 22/03/2017.

Da prestação pecuniária:

Nesse ponto o recurso merece ser acolhido.

Verifica-se da sentença que a prestação pecuniária substitutiva da sanção corporal foi fixada no valor de 25 (vinte e cinco) salários-mínimos, a serem depositados em favor da Fraternidade de Aliança Toca de Assis de Dourados/MS.

A prestação pecuniária, por se tratar de pena alternativa, deve guardar simetria à pena privativa de liberdade, observando-se, contudo, os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, § 1º, do CP, que prevê que a importância aplicada não pode ser inferior a 01 salário mínimo e, tampouco, superior a 360 salários-mínimos. Nesse sentido:

“TACR-SP – NECESSIDADE DE PROPORÇÃO ENTRE A PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Em se tratando de penas alternativas, há de ser, necessariamente, estabelecida certa proporção quantitativa entre a prestação pecuniária e a reprimenda privativa de liberdade, sem perder de vista os parâmetros estabelecidos entre a quantidade mínima e a máxima, a teor do art. 45, § 1º, do CP” (RJTACRIM 60/120).

Assim sendo, de rigor a reavaliação da pena de prestação pecuniária, cujo importe fica estabelecido no valor de 01 (um) salário mínimo.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e dou parcial provimento ao recurso de Adedir Moresco para proceder à reavaliação da pena de prestação pecuniária substitutiva da sanção corporal para o importe de 01 salário mínimo, a ser depositado nos termos estipulados na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso ministerial e deram parcial provimento ao recurso defensivo.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2018.

3ª Câmara Criminal**Apelação nº 0009624-98.2017.8.12.0800 - Aparecida do Taboado****Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO E FRAUDE PROCESSUAL (ART. 157, § 3º, II E ART. 347, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP) – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – VÍTIMA MORTA COM VÁRIOS GOLPES DE FACA NO INTERIOR DE SUA RESIDÊNCIA – VETOR DESFAVORÁVEL – *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO – DESPROPORCIONALIDADE – ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA – REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA – VALOR MÍNIMO – PEDIDO EXPRESSO – CITAÇÃO VÁLIDA – OBRIGAÇÃO IMPOSTA AO MAGISTRADO – INTELIGÊNCIA DO INCISO IV DO ARTIGO 387 DO CPP – EFEITO DA CONDENAÇÃO – VALOR REDUZIDO PARA ADEQUAR ÀS CONDIÇÕES PESSOAIS DO APELANTE – PARCIAL PROVIMENTO.

Não atenta contra o princípio da presunção de inocência, previsto pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, a sentença que acolhe pretensão acusatória com base em conjunto de provas seguro, extreme de dúvida, excluindo a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.

O fato de o agente matar a vítima com vários golpes de faca, no interior da residência desta é fundamento legítimo para firmar juízo negativo acerca das circunstâncias do crime.

Em atenção ao princípio da proporcionalidade, reduz-se o acréscimo instituído pela sentença (dois anos e seis meses de reclusão) diante de apenas uma moduladora desfavorável.

Nos termos do inciso IV do artigo 387 do CPP, havendo pedido expresso na denúncia e citação válida, o juiz é obrigado a fixar valor mínimo a título de ressarcimento do prejuízo sofrido pela vítima, sem que isso viole o princípio constitucional do contraditório ou da ampla defesa, posto que a obrigação decorre de comando imperativo da lei, e constitui efeito automático da sentença condenatória, nos termos do inciso I do artigo 91 do Código Penal. Valor reduzido para adequar-se às condições pessoais do apelante.

Recurso a que, contra o parecer, dá-se parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2018.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por Bonifácio Borges Aparecido, em razão de sua irresignação com a sentença de mérito proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Aparecida do Taboado/MS, nos autos da Ação Penal nº 0009624-98.2017.8.12.0800, a qual o condenou por infração ao art. 157, § 3º, II e art. 347, parágrafo único, ambos do Código Penal, à pena de 26 (vinte e seis) anos e 03 (três) meses de reclusão em regime inicial fechado, bem como a 06 (seis) meses de detenção e 22 (vinte e dois) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em razões recursais (f. 319-328), o apelante requereu sua absolvição sob o argumento de que o conjunto probatório se mostra insuficiente para comprovar a ocorrência dos fatos. Subsidiariamente pugnou pela fixação da pena-base no mínimo legal e o afastamento do valor estabelecido a título de reparação de danos.

O *Parquet*, em sede de contrarrazões (f. 333-359), opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 367-381, opina no mesmo sentido.

Prequestiona-se toda a matéria em discussão.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Bonifácio Borges Aparecido, em razão de sua irresignação com a sentença de mérito proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Aparecida do Taboado/MS, nos autos da Ação Penal nº 0009624-98.2017.8.12.0800, a qual o condenou por infração ao art. 157, § 3º, II e art. 347, parágrafo único, ambos do Código Penal, à pena de 26 (vinte e seis) anos e 03 (três) meses de reclusão em regime inicial fechado, bem como a 06 (seis) meses de detenção e 22 (vinte e dois) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em razões recursais (f. 319-328), o apelante requereu sua absolvição sob o argumento de que o conjunto probatório se mostra insuficiente para comprovar a ocorrência dos fatos. Subsidiariamente pugnou pela fixação da pena-base no mínimo legal e o afastamento do valor estabelecido a título de reparação de danos.

O *Parquet*, em sede de contrarrazões (f. 333-359), opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 367-381, opina no mesmo sentido.

Prequestiona-se toda a matéria em discussão.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da absolvição.

Sustenta o apelante inexistir provas para a condenação.

Segundo a denúncia, quanto ao crime de latrocínio,

“(...) no dia 17.II.2017, por volta das 18:00, na rua Duque de Caxias, 4478, Centro, em Aparecida do Taboado (MS), o denunciado Bonifácio Borges Aparecido, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, mediante grave ameaça e violência exercida contra a vítima José Mancuzo (73 anos), mediante a utilização de uma faca,

subtraiu coisa alheia móvel, para si, e para alcançar o objetivo de subtração, matou a vítima em decorrência da violência exercida”.

E quanto à fraude processual, a inicial sustenta que o apelante:

“(...) depois do crime, retornou ao local e inovou artificialmente o estado do lugar do crime, realizando ali limpeza do local do crime, especialmente de impressões digitais, com o fim de induzir em erro o juiz e a perícia, para produzir efeito em processo penal a ser iniciado”.

Segundo as provas dos autos, o apelante foi identificado como autor do delito através de imagens de câmeras de segurança das imediações do local do fato, bem como através de interceptação do celular da vítima, tendo sido preso no interior do Fórum, onde fora com a finalidade de apresentar-se, já que havia sido posto em liberdade no dia anterior.

Vê-se que a f. 41-46, na fase policial, o apelante confessou a prática dos delitos ao afirmar que depois de consumir drogas por cerca de duas horas:

“(...) estava se dirigindo para a casa de sua tia, sendo que passou em frente ao local do crime, onde viu um senhor; estatura mediana, moreno claro, o qual estava sentado em uma cadeira de fio, segurando um aparelho de telefone celular. Que, naquele ato, sobreveio a ideia no interrogando de roubar o celular daquele senhor. Que, o interrogando foi para a casa de sua tia, tomou um banho e saiu novamente, sendo que estava a pé. Que, mais uma vez o interrogando passou em frente a casa da vítima, a qual fica defronte a uma bicicletaria, oportunidade em que viu a vítima de novo, sentada na frente da casa, a qual estava “mexendo no celular”. Que, o interrogando mais uma vez teve a intenção de roubar o celular, tendo ido até a casa de tia, deu um tempo naquela casa e voltou para a via pública. Que, mais uma vez, o interrogando passou em frente a casa da vítima e, desta vez, visando roubar o celular, o interrogando se aproximou e “pediu para tomar água”. A vítima foi até a parte interna da casa, trouxe a água para o interrogando e, em seguida, o mesmo tomou a água e foi embora. Que, o interrogando não cometeu o roubo do celular naquele momento, pois passou gente na rua e o interrogando imaginou que pudesse ser identificado. Que, o interrogando mais uma vez saiu dali e foi para a praça e esperou um tempo, pois estava determinado a roubar o celular. Que, o interrogando voltou a frente da casa, observando que a vítima estava com a porta da sala aberta e ainda mexendo no celular. Que, o interrogando resolveu adentrar a casa por intermédio da transposição do muro lateral. Que, o interrogando conseguiu pular o muro, teve acesso a parte da frente do imóvel, e foi até as imediações de uma varanda, onde o interrogando se agachou e ficou observando a vítima, a qual continuava mexendo no celular. Que, o interrogando estava com uma faca e tinha intenção de mostrar a faca, exigindo o celular; pegar o aparelho e sair dali. Que, naquele momento, a vítima saiu da parte interna da casa e veio pegar uma cadeira de fio, oportunidade em que o interrogando anunciou o assalto, dizendo: “Só quero o celular; só quero o celular”. Que, o interrogando ficou repetindo esses termos diversas vezes, sendo a vítima reagiu e parecia que queria gritar. Que, a vítima jogou a cadeira de fio contra o interrogando, o qual passou a segurar a cadeira também, sendo que o interrogando tentava pressionar a vítima contra a parede da casa, enquanto a vítima tentava “tirar” o interrogando. Que, ambos ficaram em luta corporal por algum tempo (o interrogando não sabe determinar o tempo) e a vítima tropeçou no degrau da porta de entrada da casa, indo para o rumo da porta, sendo que o interrogando empurrou a vítima para a sala da casa e a cadeira caiu, ficando para o lado de fora da moradia. Que, a vítima avançou contra o interrogando e segurou em seus braços, sendo que o interrogando dizia “só quero o celular; me entrega que eu vou embora”. Que, a vítima dizia “vamos conversar”. Que, o interrogando repetia que “queria o celular”, sendo que em determinado momento, a vítima pegou no pescoço do interrogando, iniciando uma manobra para tentar enforcar

o interrogando, motivo pelo qual o mesmo pegou a faca e desferiu um golpe nas costas da vítima. Que, o interrogando desferiu outros golpes contra a vítima, pois esta o estava apertando. Que, a vítima foi desfalecendo e caiu no chão. Que, perguntado quanto golpes de faca desferiu na vítima, o interrogando disse que “não sabe dizer”. Que, a vítima caiu no chão e começou a fazer barulho, como se tivesse tossindo, com resfriado. Que, a vítima estava no chão e o interrogando percebeu que ela estava morrendo. Que, o interrogando viu que a vítima ficou parada no chão, motivo pelo qual o interrogando foi até a cozinha, abriu a geladeira, pegou um copo e tomou água, pois o interrogando estava cansado. Que, o interrogando pensou em ir embora, contudo, resolveu levar algumas coisas para vender e arrumar dinheiro para comprar mais “pedra crack”. Que, o interrogando pegou o aparelho de telefone celular, o qual estava no chão, junto ao corpo da vítima. Em seguida, o interrogando pegou 02 (duas) carteiras que estavam no bolso da bermuda que a vítima estava usando. Que, o interrogando viu um frasco de perfume, que estava no quarto, onde tinha uma cama de casal. Que, o interrogando pegou o perfume e colocou em seu bolso. Que, na sala da casa tinha uma mala preta com várias facas, sendo que o interrogando abriu a mala, pois achou que tinha alguma coisa de valor dentro da referida mala. Que, retirou as facas e deixou na cozinha, sem furtar nenhuma das facas. Que, o interrogando observou outros cômodos, visando achar alguma coisa de valor, contudo, como não conseguiu nada naquele momento, o interrogando foi embora, pulando o muro. Que, o interrogando saiu dali e foi com destino a uma rua “pra baixo” da Avenida São Cristóvão, com o objetivo de vender o celular e o perfume. Que, enquanto estava caminhando, o interrogando observou que não tinha dinheiro em nenhuma das duas carteiras que o interrogando tinha subtraído, motivo pelo qual o interrogando foi se desfazendo de partes das carteiras e documento que haviam dentro das carteiras, jogando em lixeiras nas ruas em que o Interrogando passava. Que, como o interrogando não conseguiu vender o celular e nem o perfume, os levou para a casa de sua tia. (...) Que, neste ato, foi mostrado ao interrogando uma lâmina de faca, ora apreendida, a qual o Interrogando reconhece como sendo um pedaço da faca que o mesmo utilizou para golpear a vítima. Que, o Interrogando esclarece que a faca se quebrou enquanto interrogando a golpeava, portanto, é por isso que os Policiais acharam apenas a faca quebrada (...) Que, neste ato, foi mostrado ao interrogando um frasco de perfume, marca “Boticário”, fragrância “Arbo”, o qual foi localizado na data de hoje, por volta das 15h30minº, na residência de sua tia, sendo que o interrogando reconhece tal frasco de perfume, o qual era da vítima e que o interrogando o subtraiu de um quarto e tinha deixado na casa de sua tia. Que, neste ato, foi mostrado ao indiciado um aparelho de telefone celular, marca LG, com a tela trincada, de cor branca, o qual o interrogando reconhece como sendo o celular que o interrogando roubou da vítima. Que, inclusive, o interrogando salienta que estava com o celular no momento de sua prisão ocorrida dentro do fórum local. Que, o interrogando não jogou o celular fora, pois estava precisando do aparelho. Que o interrogando esclarece ainda que levou o pano de prato sujo de sangue para a casa de sua tia Maria Helena, a qual chegou a perguntar o motivo do sangue, contudo, o interrogando a enganou, dizendo que estava com sangue, pois o mesmo tinha brigado com um outro indivíduo, pois o interrogando teria ido cobrar uma dívida de um indivíduo que lhe devia (...) Que, ainda naquela madrugada, o interrogando começou a voltar a seu normal, eis que o interrogando cometeu o crime após o uso de “pedra crack”, motivo pelo qual lhe sobreveio a ideia de retornar ao lugar do crime, para limpar o local. Que, o interrogando voltou, adentrando novamente após pular um muro lateral. Que, o interrogando pegou um pano de prato e começou a limpar os lugares onde o interrogando tinha encostado a mão, pois imaginou que a Polícia poderia pegar as suas impressões digitais e/ou achar alguma coisa que acabasse por leva-lo a prisão. Que, o interrogando deu uma limpada na sala, no quarto onde tem a cama de casal e a geladeira da cozinha. Que, novamente o interrogando foi embora para a casa de sua tia. Que, no dia seguinte, o interrogando foi se apresentar no fórum, pois tinha sido colocado em liberdade no dia anterior e precisava informar o seu endereço. Que, como o interrogando não conseguiu vender o celular, acabou ficando com o aparelho. Que, o

interrogando ficou na cidade alguns dias. Que, na sexta-feira daquela semana, a sua convivente Joelma Aparecida Barreto Caetano veio de Andradina (SP) para Aparecida do Taboado (MS), sendo que ele também ficou na casa da tia do interrogando. Que, o casal permaneceu na cidade e que, na tarde de segunda-feira o interrogando e sua convivente foram embora para Andradina (SP)”.

Ao ser interrogado em Juízo, retratou-se, negando a prática dos crimes, o que fez de maneira inconsistente, posto que mesmo ao negar, confirmou que no dia dos fatos chegou a pedir água para a vítima, conforme havia declarado na polícia.

Tal fato, como bem frisado pela sentença, demonstra que o apelante estava observando a vítima antes de praticar o crime, posto que não havia justificativa plausível para chegar e pedir água à vítima, já que a casa de sua tia ficava próxima à residência da vítima.

Mas há outros elementos muito esclarecedores a confirmar que a versão correta é a extraída da confissão extrajudicial.

Veja-se, por exemplo, que ao ser preso o apelante estava na posse do celular subtraído da vítima, tendo afirmado em Juízo que o havia adquirido de um desconhecido, afirmativa vã e desprovida de comprovação.

De igual forma, apreendeu-se na casa da tia do apelante, local onde o mesmo estava hospedado, o frasco de perfume “Boticário”, fragrância “Argo”, que o mesmo admitiu na fase policial ter subtraído da vítima.

Quanto a este fato o apelante afirmou em sua retratação judicial que já possuía o perfume apreendido, o qual era igual ao da vítima, desde antes de sua última prisão, e que o mesmo estava na casa de seu avô.

Contrariando completamente esta afirmação veio aos autos a declaração de Maria Helena Borges, tia do apelante, em juízo (f. 189), a qual declarou que o recorrente chegou com o perfume depois que fora libertado, sendo que o frasco estava dentro de uma sacola junto com outros pertences dele. Afirmou também que o mesmo não havia deixado nenhum objeto dele em sua casa antes disso.

E o apelante foi posto em liberdade no dia 15.11.2017 (f. 37), dia anterior à prática do crime.

Maria Helena Borges ainda confirmou que a bicicleta azul apreendida com o apelante era de sua propriedade e que o mesmo encontrava-se na cidade nos dias dos fatos, afirmação que contraria a alegação de não se encontrar na cidade.

A inconsistência da retratação é flagrante, posto que embasada em coincidências de impossível acolhimento, fato bem apontado pela sentença ao referir que:

“(...) não parece crível que por surpreendente coincidência, o acusado tenha passado mais de vinte vezes em frente a residência da vítima para fazer uso de drogas e usado drogas no terreno ao lado; tenha adquirido de terceiros desconhecidos o celular pertencente a vítima de crime de latrocínio e tenha o mesmo perfume da vítima, da marca Boticário, fragrância Argo, sem que tenha executado o crime descrito na denúncia”.

E a prova testemunhal é absolutamente esclarecedora.

Veja-se que o policial Lucas Marcelino Alcântara de Oliveira, em juízo (f. 189), narrou em detalhes os passos da investigação e da identificação do apelante, dizendo que recolheram as imagens das câmeras de segurança do comércio vizinho à residência da vítima, mas como de início não identificaram o autor, pediram a quebra do sigilo telefônico do celular da vítima, sendo identificado outro número, com operadora (DD) 018, sendo que por meio do *facebook*, identificaram a moça cadastrada com o número e viram que

ela tinha fotos com o apelante, as quais foram comparadas com as imagens do indivíduo que aparecia nas câmeras de segurança, visualizando a tatuagem no braço esquerdo e a mesma compleição física.

De igual forma prestaram declarações os policiais civis Renan Mattos Zanatti e Marcelo Garcia de Paula, conforme áudios de f. 189.

As imagens do apelante passando pela frente da casa da vítima, tanto pedalando a bicicleta apreendida, pertencente a sua tia, quanto a pé, bem como os demais detalhes acima referidos, encontram-se nos relatórios de investigações de f. 36-38 e 163-169, sendo que pelo segundo se constata que o delito aconteceu no dia 16.11.2017, pela madrugada, sendo que o corpo da vítima somente foi localizado no dia 17, por volta das 18:00 horas (f. 06-06), de forma que a data e a hora constante da denúncia são da localização do corpo e não do fato em si.

Diante da análise do conjunto das provas percebe-se claramente que o apelante foi o autor dos fatos narrados na denúncia, os quais aconteceram tal qual descritos na referida peça, tanto quanto ao evento morte da vítima com subtração de pertences da mesma, quanto em relação à modificação do local do crime, para dificultar a elucidação, de maneira que o presente recurso, no ponto em que pugna pela absolvição, alegando insuficiência probatória (art. 386, VII, do CPP), carece de fundamentos.

O princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade é uma das bases do Estado Democrático de Direito, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo artigo XI, 1, dispõe que:

“(...) Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Também assim a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos que, em seu artigo 8º, § 2, estipula que *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*.

Nossa Carta Magna, em atenção ao postulado da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República previsto no inciso III do artigo 1º, veio nesse mesmo sentido, enaltecendo a presunção da inocência no artigo 5º, LVII ao referir que *“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Nesse cenário sobreleva-se o princípio da prevalência do interesse do acusado, previsto pelo inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, de onde se extrai que a dúvida milita em favor da defesa, o conhecido *in dubio pro reo*.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci, na obra *“Manual de Processo Penal e Execução Penal”*, 11. ed, Ed. Forense, p. 62, ensina:

“(...) Por outro lado, quando cuidamos do princípio da presunção de inocência, não podemos olvidar o princípio da prevalência do interesse do réu, que com o primeiro se interliga, afinal, justamente porque o estado natural do indivíduo é de inocência que seu interesse está acima da dúvida; logo, in dubio pro reo, ou seja, na dúvida, é melhor decidir em favor do acusado.”

Não é caso de aplicação à situação apurada nestes autos, onde o conjunto das provas produzidas, em ambas as fases, à luz do disposto pelos artigos 155 e 156, do Código de Processo Penal, afasta a existência da alegada dúvida que, por força do inciso VII do artigo 386 do mesmo Código, propiciaria a absolvição,

não se havendo falar em ofensa ao princípio da presunção da inocência, insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, de forma que resta rejeitado o pleito absolutório.

Da pena-base.

Pugna pela fixação da pena-base do latrocínio no mínimo legal.

Verifica-se a f. 296 que, no que toca ao latrocínio, a sentença entendeu desfavorável apenas a moduladora das circunstâncias do crime, posto que *“utilizou arma branca (faca) para golpear várias vezes a vítima, dentro da residência daquela, o que denota maior gravidade do delito”*, e diante disso fixou a pena-base em 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, ou seja, dois anos e seis meses de reclusão e um dia-multa acima do mínimo legal.

O princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada uma das circunstâncias judiciais seja analisada à luz de elementos concretos, extraídos da prova dos autos, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal, evitando-se assim a vedada duplicidade.

O vetorial “circunstâncias do crime” relaciona-se aos elementos periféricos ao fato (forma de agir, estado anímico, objeto empregado, condições de tempo e local, duração da conduta, dentre outros), que indiquem maior censurabilidade da ação, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal.

No caso, conforme extraído da prova dos autos, a vítima teve sua residência invadida pela madrugada, e recebeu diversos golpes de faca, vindo a óbito instantaneamente.

A quantidade de golpes desferidos contra a vítima é fator de recrudesimento da pena-base, posto que extrapola os limites da conduta praticada, cabendo ao magistrado optar por enquadrar tal fato no campo da culpabilidade ou das circunstâncias do crime. Nesse sentido (com redução ao ponto sob enfoque):

“APELAÇÃO CRIMINAL – JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO – (...) – PENA-BASE – CULPABILIDADE BEM SOPESADA. (...) III. Correto o juízo negativo da moduladora da culpabilidade quando o agente, que sequer conhecia a vítima, demonstra profunda indiferença com o sofrimento e a angústia desta, desferindo vários golpes de faca, enquanto ela implorava por sua vida. IV. (...)” (TJMS; APL 0001437-82.2010.8.12.0045; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 16/02/2018; Pág. 89).

“APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO-TENTADO – (...) DOSIMETRIA – PENA-BASE – CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESABONADORAS. (...) II. Na quantificação da pena-base foram bem sopesadas as moduladoras da culpabilidade e das circunstâncias do crime, eis que destacada a intensidade do dolo com qual agiu o réu, pois proferiu séria ameaça e em seguida desferiu vários golpes de faca contra a vítima. (...)” (TJMS; APL 0012704-78.2013.8.12.0002; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 18/07/2017; Pág. 81).

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – (...). CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS – MANUTENÇÃO. A quantidade e diversidade de golpes de faca aplicados contra a vítima, vários deles em região não fatal, podem embasar aumento da pena-base, na análise negativa das circunstâncias do crime, quando ultrapassam o necessário para sua execução. (...)” (TJDF; APR 2014.01.1.104384-0; Ac. 971.994; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. José Carlos Souza e Ávila; Julg. 06/10/2016; DJDFTE 18/10/2016).

Confirma-se, assim, o juízo negativo do vetor circunstâncias do crime.

Por outro lado, tenho que o acréscimo instituído na pena-base (dois anos e seis meses de reclusão) em face de uma única moduladora desfavorável, no caso, desatendeu ao princípio da proporcionalidade, mesmo diante da discricionariedade posta à disposição do magistrado.

É que a jurisprudência majoritária, no escopo de se encontrar uma valoração mais equânime, tem adotado o coeficiente imaginário de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo existente entre as penas mínima e máxima do tipo penal para fixar a pena-base, o que se mostra adequado para a reprovação e prevenção do crime.

No caso do latrocínio o intervalo é de 10 (dez) anos, de forma que 02 (dois) anos e 06 (seis) meses corresponde ao coeficiente imaginário de 1/4 (um quarto), o que se mostra exagerado.

Assim, aplicando o coeficiente de 1/8, tem-se que o acréscimo decorrente de apenas uma moduladora deve corresponder a 15 (quinze) meses de reclusão, ou 01 (um) ano e 03 (três) meses acima do mínimo legal. A pena pecuniária, que já estava abaixo desse patamar, permanece sem alteração. Assim, a pena-base relativa ao latrocínio deve ser fixada em 21 (vinte e um) anos e 03 (três) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Realizando o redimensionamento necessário, tem-se que na segunda fase, após a compensação entre a reincidência e a confissão, nos termos da sentença, restou o acréscimo de 1/6 decorrente da agravante relativa à senilidade da vítima, de maneira que a pena intermediária é conduzida para 24 (vinte e quatro) anos, 09 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, a qual torna-se definitiva em razão da inexistência de modificadoras na terceira fase.

A pena relativa ao crime de fraude processual foi fixada pela sentença no mínimo legal.

Desta forma, provê-se parcialmente o recurso defensivo para reduzir a sanção para 24 (vinte e quatro) anos, 09 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o crime de latrocínio, mantendo-se a relativa à fraude processual em 06 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, mantendo-se as demais determinações da sentença quanto a isto.

Do afastamento do valor estabelecido a título de reparação de danos.

Como se vê a f. 03, a denúncia requer a fixação de valor mínimo para reparação dos danos extrapatrimoniais e materiais, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, considerando que a infração ocasionou prejuízos, e a sentença acolheu, fixando a reparação mínima em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), aos herdeiros da vítima, tendo em vista o intenso abalo psicológico infligido.

O pleito defensivo improcede.

A fixação de um valor mínimo (não necessariamente o integral) a título de reparação de dano à vítima é obrigação juiz, imposta taxativamente pelo inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, segundo o qual “*O juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*”.

Tal dispositivo traz em si um comando imperativo “fixará”, ou seja, determina que o magistrado fixe o valor mínimo para reparação de danos, posto que se trata de um efeito da condenação (artigo 91, I, do Código Penal).

Nesse sentido lição de Guilherme de Souza Nucci, in “Código de Processo Penal Comentado”, 13. ed., Forense, p. 170:

“(...) Finalmente, a reforma introduzida pela Lei 11.719/2008, acrescentando o parágrafo único ao art. 63, bem como modificando a redação do inciso Iv do art. 387 do CPP, passou a permitir que o juiz criminal fixasse a indenização civil pelo dano causado pelo delito. No entanto, infelizmente, a alteração não se deu em bom termo, pois se mencionou somente a viabilidade de fixação do valor mínimo para a reparação dos danos, considerando-se os prejuízos sofridos pelo ofendido. Ora, se o objetivo é atingir a economia processual e satisfazer, de vez, a vítima, deve o magistrado criminal estabelecer o real valor da reparação dos danos provocados pela infração penal. A fixação do valor mínimo, como se vê no disposto pelo art. 63, parágrafo único, deste Código, ainda possibilita a continuidade do dilema, levando-se o caso à esfera cível para a discussão do quantum realmente devido.”

Indiscutível, portanto, a obrigação de fixar valor mínimo.

E tanto é assim que, no âmbito da violência doméstica, o STJ resolveu a questão sob o rito dos recursos repetitivos, fixando a tese no sentido de que ***“Nos casos de violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória”***. (Destaquei).

Nenhuma razão existe para ser diferente em relação ao dano moral causado aos familiares de vítima de latrocínio.

Ademais, no caso dos autos atendeu-se a todos os requisitos possíveis para a fixação de tal valor, ou seja:

Há pedido expresso na denúncia (f. 03);

A Lei determina que o juiz fixe (inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal);

Observou-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista que o acusado foi validamente citado, inclusive quanto ao dever de ressarcir. O réu defende-se dos fatos a si imputados, e dentre estes está o dever de indenizar pelo valor mínimo, obrigação que decorre da lei. Se ele não se defendeu especificamente foi porque não quis, e como se trata de direito pessoal, a inércia atrai os efeitos da revelia.

Dano moral indiscutível (configurado pelo sofrimento causado aos familiares).

Aqui bom lembrar que o valor a ser fixado nesta fase é o mínimo possível, e não aquele efetivamente devido, pois para encontrar este último, a própria lei define a forma e o momento. Para chegar a tal conclusão basta analisar o parágrafo único do artigo 63 do CPP, que assim é redigido:

“Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido”.

Como se vê, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que tenha fixado o valor mínimo, a parte interessada poderá (a seu critério), promover a execução daquele valor ou, se o prejuízo tiver sido maior, provocar a liquidação para chegar ao valor efetivo.

Houve condenação, sendo obrigado a indenizar como um dos efeitos da sentença (artigo 91, I, do Código Penal).

No que toca ao valor do dano moral, como não contém parâmetros legais diante do fato de que os direitos da personalidade não são tarifados, deve ficar a cargo do julgador, norteado por critérios objetivos ditados pelo princípio da razoabilidade, tendo em conta as condições pessoais dos envolvidos e as circunstâncias do fato, a fim de que o *quantum* reparatório não perca seu caráter pedagógico, não se constitua em lucro desmedido para o lesado, nem se traduza em quantia irrisória. Nesse sentido (grifos meus):

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – (...) DANO MORAL – CARACTERIZAÇÃO – LESÃO CORPORAL LEVE – COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA. (...). 9. A mensuração da compensação pecuniária devida ao atingido por ofensas de natureza moral, conquanto permeada por critérios de caráter eminentemente subjetivo diante do fato de que os direitos da personalidade não são tarifados, deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em ponderação com os princípios da proporcionalidade, atentando-se para a gravidade dos danos havidos e para o comportamento do ofensor e da vítima, e da razoabilidade, que recomenda que o importe fixado não seja tão excessivo a ponto de ensejar uma alteração na situação financeira dos envolvidos nem tão inexpressivo que redunde em uma nova ofensa ao vitimado. 10. (...)”. (TJDF; Rec 2012.01.1.087233-4; Ac. 923.012; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; DJDFTE 04/03/2016; Pág. 125).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – (...) DANO MORAL CONFIGURADO – DEVER DE REPARAR A PERDA – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO. (...). Não havendo parâmetros para a fixação do dano moral, o quantum deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva”. (TJMS; APL 0806942-19.2011.8.12.0002; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Marcelo Câmara Rasslan; DJMS 01/07/2016; Pág. 38).

Considerando, entretanto, as condições pessoais do apelante, viciado em drogas, sem trabalho, condenado a cumprir longa pena privativa de liberdade, e também diante da ausência de informações acerca das condições financeiras dos familiares da vítima, hei por bem reduzir o valor fixado para o de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia que, em tais circunstâncias, melhor atende aos ditames legais.

Assim, é de ser fixado valor mínimo a título de ressarcimento aos familiares da vítima, o qual, entretanto, é reduzido, ficando a critério deles a forma e o momento de proceder à execução.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso intentado por Bonifácio Borges Aparecido para reduzir para 24 (vinte e quatro) anos, 09 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa a pena relativa ao crime de latrocínio, bem como para reduzir o valor fixado a título de indenização mínima para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Prevalecendo este, e encontrando-se o apelante preso, oficie-se ao juízo da execução criminal, comunicando a alteração da pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001352-33.2009.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO EM CONTINUIDADE DELITIVA – PRELIMINAR – NÃO CONHECIMENTO DO SEGUNDO RECURSO INTERPOSTO – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – CRIME IMPOSSÍVEL (FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA) – INOCORRÊNCIA – PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – CRIMES CONFIGURADOS – RECURSO DESPROVIDO.

Em homenagem ao princípio da unirrecorribilidade recursal, a mesma decisão não pode ser impugnada por dois recursos, de modo que, a interposição de uma apelação obsta o conhecimento da outra, manejada contra a mesma sentença, pois já operada a preclusão consumativa.

Não há falar em crime impossível por falsificação grosseira, se as lâminas de cheque falsificadas foram eficientes para enganar as vítimas e causar-lhes prejuízo considerável.

O crime previsto no art. 297 do Código Penal é crime formal, ou seja, se configura com a mera falsificação, não exigindo resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo causado a alguém pela falsificação.

Restando evidente no conjunto probatório que o agente falsificou documentos públicos, consistentes em duas lâminas de cheque, situação atestada pelo laudo pericial, não há falar em absolvição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Nilson Pinto Martinez, foi condenado à pena de 04 anos e 01 mês de reclusão e 131 dias-multa, no regime fechado, por infração ao art. 297 c/c art. 71 do Código Penal (f. 392-397).

No primeiro recurso, pede, em suma, a absolvição por atipicidade da conduta, devido a ausência de lesividade e por se tratar de falsificação grosseira, ou, por insuficiência de provas para sustentar a condenação (f. 415-426).

No segundo recurso, pede a absolvição por ausência de provas produzidas em contraditório, com violação do art. 155 do CPP (f. 427-433).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou, em preliminar, pela adequação da representação processual do apelante e, no mérito, pelo improvimento dos recursos (f. 439-445).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo improvimento de ambos (f. 454-465).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Narra-se na denúncia que:

“Consta do incluso caderno investigatório, que no ano de 2009, em local até então desconhecido, o denunciado falsificou documento público, consistente nas lâminas de cheque nº 850605 e nº 850607, oriundos do Banco do Brasil e em nome de Romeu Ricardo Bertoglio.

Conforme restou apurado, no dia 11 de julho de 2009, por volta das 15h00min., no estabelecimento comercial denominado Vitória Confecções, localizado na Avenida Dorvalino dos Santos, Centro, nesta cidade, pessoa até então desconhecida obteve para si, vantagem ilícita em prejuízo alheio, mediante apresentação da lâmina de cheque nº 850605, referente à conta corrente nº 13.822-7, agência 1147-9 do Banco do Brasil, em nome de Romeu Ricardo Bertoglio, que posteriormente descobriu-se se tratar de cédula falsificada.

(...)

Naquele mesmo dia e utilizando-se do mesmo modus operandi, pessoa até então desconhecida realizou compras no estabelecimento comercial denominado Loja Stefanelli, situada na Avenida Dorvalino dos Santos, n. 992, bairro Centro, no valor de R\$ 286,00 (duzentos e oitenta e seis reais), tendo referido valor sido pago mediante a lâmina de cheque nº 850607, referente à mesma conta bancária e pessoa, preenchida também no valor de R\$ 580,00 (quinhentos e oitenta reais).

(...).”

Nilson Pinto Martinez, foi condenado à pena de 04 anos e 01 mês de reclusão e 131 dias-multa, no regime fechado, por infração ao art. 297 c/c art. 71 do Código Penal (f. 392-397).

No primeiro recurso, pede, em suma, a absolvição por atipicidade da conduta, devido à ausência de lesividade e por se tratar de falsificação grosseira, ou, por insuficiência de provas para sustentar a condenação (f. 415-426).

No segundo recurso, pede a absolvição por ausência de provas produzidas em contraditório, com violação do art. 155 do CPP (f. 427-433).

Preliminar

Do não conhecimento do 2º recurso de apelação interposto pelo apelante, por advogado constituído, Marcos Eli Nunes Martins (f. 427-433).

Constata-se que, antes da sentença, o apelante Nilson apresentou procuração nomeando como seu procurador o advogado Marcos Eli Nunes Martins (f. 391).

Este advogado foi intimado da sentença condenatória, via publicação no Diário da Justiça (f. 403-404).

Em seguida, foi juntada a renúncia do primeiro patrono do apelante, Marcos Eli Nunes Martins (f. 410), ocasião em que o mesmo constituiu como seu bastante procurador o patrono Marcelo Jorge Torres Lima (f. 406), que interpôs o respectivo recurso de apelação e suas razões (f. 405 e 415/426, respectivamente).

Não obstante, novamente o apelante constituiu como seu procurador o advogado Marcos Eli Nunes Martins (f. 434), que, por sua vez, no exercício de seu mandato, também apresentou razões em sede de recurso de apelação (f. 427-433). Nesta oportunidade, também destituiu o patrono Marcelo Jorge Torres Lima (f. 435).

Entendo que o primeiro recurso interposto, ou seja, aquele apresentado pelo advogado então constituído Marcelo Jorge Torres Lima no dia 01/08/18 (f. 415-426) se reveste de todos os pressupostos processuais de admissibilidade, notadamente a legitimidade, pelo que deve ser conhecido.

O mesmo não se pode dizer do segundo recurso interposto pelo advogado Marcos Eli Nunes Martins no dia 02/08/18 (f. 427-433). É que, já tendo sido manejado o recurso cabível contra a sentença primária, não há como conhecer de um segundo apelo, pois já operada a preclusão consumativa. Pensar de modo diverso violaria o princípio da unirrecorribilidade recursal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÕES DEFENSIVAS SIMULTÂNEAS – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – AUTORIA DELITIVA RESPALDADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO – VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS POR AGENTES DE POLÍCIA – DESPROPORCIONALIDADE DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – SÚMULA 719 DO STF – RECURSO MANEJADO PELO ADVOGADO CONSTITUÍDO NÃO CONHECIDO – RECURSO INTERPOSTO PELA DEFENSORIA PÚBLICA CONHECIDO E IMPROVIDO – EX OFFICIO, REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE MULTA IMPOSTAS. Em homenagem ao princípio da unirrecorribilidade recursal, a mesma decisão não pode ser impugnada por dois recursos, de modo que, a interposição de uma apelação obsta o conhecimento da outra, manejada contra a mesma sentença, pois já operada a preclusão consumativa. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. É válido o testemunho prestado por policiais, se não há qualquer indício de que tenham interesse na condenação. Nos termos dos arts. 59 do Código Penal, c/c 42 da Lei nº 11.343/06, a reprimenda corporal deve ser definida proporcionalmente às circunstâncias negativamente valoradas. A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada. Nos termos da Súmula nº 719, do STF, é possível a aplicação do regime inicial do cumprimento da pena mais severo, desde que lastreada em fundamentação idônea. Apelo interposto pelo advogado constituído não conhecido. Recurso avariado pela defensoria pública conhecido e improvido. ex officio, redução da reprimenda corporal e de multa. (TJ-BA - APL: 01010527520108050001 BA

0101052-75.2010.8.05.0001, Relator: Inez Maria Brito Santos Miranda, Data de Julgamento: 17/10/2013, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 22/10/2013)

Ressalto, por fim, que o não conhecimento do segundo recurso não trará qualquer prejuízo ao réu, considerando que formulou o mesmo pedido de absolvição constante no primeiro recurso interposto.

Mérito

O apelante pediu a absolvição por atipicidade da conduta, devido a ausência de lesividade e por se tratar de falsificação grosseira, ou, por insuficiência de provas para sustentar a condenação (f. 415-426).

Restou devidamente demonstrado por todo o conjunto probatório que, no dia 11/07/09, à tarde, na Comarca de Sidrolândia, uma pessoa desconhecida efetuou compras nos estabelecimentos Vitória Confecções, Loja Stefanelli, mediante o pagamento de lâminas de cheque no valor de R\$ 580,00 (quinhentos e oitenta reais) cada.

Posteriormente, descobriu-se que as lâminas de cheque, nºs 850605 (dada em pagamento na Vitória Confecções – f. 10), 850607 (dada em pagamento na Loja Stefanelli – f. 13) referente à Conta Corrente nº 13.882-7, Agência 1147-9, do Banco do Brasil, em nome de Romeu Ricardo Bertoglio, haviam sido falsificadas (f. 08-10, 13-14).

De acordo com o laudo pericial – exame grafotécnico de f. 40-54,

(...) concluem as peritas que os preenchimentos e assinaturas apostos nas lâminas de cheque nº 850605 e 850607 (c.c. 13.882-7) partiram do mesmo punho escritor que exarou os preenchimentos e as assinaturas apostos nas lâminas de cheque nº 850555, 850557, 850558, 850559, 850560, 850561, 850564 (c.c. 41.985-0). E que os preenchimentos e assinaturas atribuídas aos emitentes partiram do punho escritor de Nilson Pinto Martinez.

O apelante somente foi ouvido na fase policial, f. 71-72, oportunidade em que negou os fatos.

Em juízo, as vítimas Mariuza Aparecida Bento de Souza e Maria Teixeira do Nascimento Alves e as testemunhas João Matias Leite e Odair Silveira Alves confirmaram os prejuízos sofridos no valor de R\$ 580,00 (quinhentos e oitenta reais) em virtude das compras terem sido realizadas com lâminas de cheque falsificadas (f. 284).

Portanto, não há falar em crime impossível por falsificação grosseira, pois as lâminas de cheque falsificadas foram eficientes para enganar as vítimas e causar-lhes prejuízo considerável, no total de R\$ 1.160,00 (um mil, cento e sessenta reais).

Ademais, o crime previsto no art. 297 do Código Penal é crime formal, ou seja, se configura com a mera falsificação, não exigindo resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo causado a alguém pela falsificação¹.

Nesse sentido:

“3. Afirmado, pelo Tribunal a quo, que o agravante seria um dos responsáveis pela falsificação, a revisão do tema demandaria reexame de provas, descabido na via especial, segundo o verbete sumular já mencionado. Ademais, o crime é de natureza formal, motivo

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1131.

pelo qual, demonstrada a responsabilidade do agravante pelo falso, é irrelevante, para a configuração do delito, tenha ele utilizado ou não o documento falsificado, pois constitui a utilização, nesse caso, mero exaurimento da conduta típica.

Não procede o pedido de desclassificação para o crime de falsidade ideológica, porque, segundo o acórdão recorrido, a hipótese era de documento materialmente falsificado, pois se tratava de espelho original adulterado por meio de “delaminação e posterior implante do suporte de dados”. Rever a conclusão demandaria reexame de provas, vedado nesta via recursal. 5. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 416915 / SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, T6, julgado em 23/09/2014, publicado DJe 10/10/2014)

Desta forma, havendo provas da autoria e materialidade dos fatos delituosos, consistentes nas declarações das vítimas e testemunhas, corroboradas pelo laudo pericial – exame grafotécnico de f. 40-54, que concluiu que os preenchimentos e assinaturas atribuídas aos emitentes partiram do punho escritor do apelante Nilson, não há falar em absolvição por insuficiência de provas.

Como bem opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, *in verbis* (f. 463-465):

“Destarte, impende destacar que o laudo grafotécnico foi submetido ao crivo do contraditório diferido, porém a defesa em nenhum momento apresentou prova ou qualquer argumento que gerasse dúvida razoável sobre a autoria do apelante.

No ensejo, relevante mencionar a natureza e incidência do contraditório em relação a prova pericial:

Na grande maioria dos casos, a eficácia do exame pericial está condicionada a sua imediata realização, de modo a se evitar a dispersão dos elementos probatórios em relação às infrações penais que deixam vestígios. Por tal motivo, sua realização deve ser determinada de imediato pela própria autoridade policial (CPP, art. 6º, incisos I e VII, independentemente de prévia autorização judicial, sendo dispensável, ademais, a participação da defesa na produção da prova. Nesse caso, o contraditório será diferido.

Assim, sendo, tratando-se de crime que deixa vestígios, a prova pericial assume grande importância, nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL RECURSO ESPECIAL – FURTO QUALIFICADO – FURTO TENTADO QUALIFICADO – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – COMPROVAÇÃO – EXAME DE CORPO DE DELITO REALIZADO POR POLICIAIS – VALIDADE – ART. 159, §§ 1º e 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PRECEDENTES.

I - Este Sodalício consolidou o entendimento no sentido de que, quando a conduta deixar vestígios, o exame de corpo de delito é indispensável à comprovação da materialidade do crime, podendo o laudo pericial ser suprido pela prova testemunhal somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar tenha se tornado impróprio para a constatação pelos peritos.

II - Nos termos da jurisprudência pacificada nesta Corte, “é válida a perícia realizada por policiais civis, desde que esses sejam portadores de diploma de curso superior; nos termos do art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal, formalidade observada, porquanto o auto de constatação foi confeccionado por peritos com bacharelado e nomeados por

autoridade competente e regularmente compromissados. Ainda, a qualificadora restou comprovada por outros meios de prova, é dizer, foi confirmada pela testemunha e pela confissão de um dos réus, elementos probantes admitidos pela jurisprudência desta Corte Superior para a incidência do inciso art. 155, § 4º, I, do Código Penal. 4. Habeas corpus não conhecido.” (HC 424.078/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 07/03/2018, grifei). Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1732763 / RS, Relator Min. Felix Fischer, T5, julgado em 14/08/2018, publicado DJe 20/08/2018).

Ademais, o respectivo laudo pericial é corroborado pelo depoimento das vítimas, resultando num conjunto probatório que aponta sem sombra de dúvidas o apelante como autor do crime.

APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – ATESTADO MÉDICO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – NEGATIVA DE AUTORIA PELO RÉU – FIRMES DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – AMPARO NO LAUDO PERICIAL DE EXAME GRAFOTÉCNICO OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – PROVA SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 301, § 1º, DO CP – IMPOSSIBILIDADE – ALMEJADA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES E REINCENTE – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – DESACOLHIMENTO – PREQUESTIONAMENTO AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.

Não há como acolher o pleito absolutório ao argumento de insuficiência de provas, se o conjunto probatório permite a firme convicção de ter o réu incorrido na conduta de uso de documento falso, previsto no art. 304, caput, do Código Penal, o que restou comprovado pela segura e uníssona prova testemunhal, amparada no laudo pericial de exame grafotécnico e outros elementos de convicção, mesmo tendo ele insistido em negar a autoria.

Descabida a desclassificação para o crime do art. 301, § 1º, do CP, pois esse tipo penal exige que a conduta tenha o fim de obter vantagem de natureza pública, o que não se verificou na hipótese.

Tratando-se de réu portador de maus antecedentes e reincente, torna-se inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos ante o não preenchimentos dos requisitos legais previstos no art. 44, incisos II e III, do Código Penal. (Apelação 0001397-33.2013.8.12.0001, Rel. Des. Jonas Hass Silva Júnior, 2ª Câmara Criminal, julgado em 13/09/2018, publicado 17/08/2018).

Assim sendo, demonstrada a materialidade e autoria do crime, e, confirmado o laudo grafotécnico em juízo, incabível a reforma da sentença.

(...).”

CONCLUSÃO

Diante do exposto, em parte com o parecer, conheço somente do primeiro recurso interposto por Nilson e, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001089-71.2016.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 240 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE – FOTOGRAFAR E FILMAR CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO ADOLESCENTE – PRELIMINAR – NULIDADE DO PROCESSO – ACESSO A DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR APREENDIDO – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS DA AUTORIA – PALAVRA DA VÍTIMA UNÍSSONA E COERENTE CORROBORADA PELAS PROVAS TESTEMUNHAIS – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – SEMIABERTO FIXADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – DE OFÍCIO – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA.

Conforme disposições contidas no art. 6º do CPP, tem-se que é permitida a apreensão de qualquer objeto que tenha relação com o fato delituoso, bem como a colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, sendo, inclusive, dever dos funcionários responsáveis pela investigação proceder à coleta de todo e qualquer material probatório apto em comprovar a prática da infração penal. Nesse contexto, não há qualquer ilegalidade no procedimento realizado pelos policiais, relativo à apreensão do celular do réu e posterior verificação das imagens e vídeos ali contidos.

Ficando demonstrado por todo o conjunto probatório que o apelante fotografou e filmou cenas pornográficas envolvendo adolescente, não há falar em absolvição do crime descrito no art. 240 do ECA.

Em atendimento ao art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, é cabível a fixação do regime prisional semiaberto, sem possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Havendo somente uma condenação definitiva anterior, que já configura os maus antecedentes, afasta-se a agravante da reincidência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Guilherme Souza Almeida, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 04 anos e 09 meses de reclusão e 52 dias-multa, no regime fechado, por infração ao art. 240, *caput*, do Código Penal (f. 104-108).

Arguiu preliminar de nulidade da prova utilizada para a sua condenação, em razão dos policiais civis terem obtido informações contidas em seu aparelho celular, sem prévia autorização judicial. Afirma que tais provas são ilícitas, conforme entendimento do STF e STJ, devendo ser julgadas nulas e desentranhadas dos autos.

No mérito, pede a absolvição alegando ausência de provas suficientes para a condenação.

Alternativamente, pede a fixação do regime semiaberto (f. 120-136).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 140-159).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 168-176).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia que:

“(...) No dia 04 de maio de 2016, por volta das 14h30min, na Rua Ademar Pereira de Camargo, próximo ao presídio, Vila Pernambuco, nesta cidade e comarca, Guilherme de Souza Almeida, já qualificado, filmou e registrou cenas de nudez da adolescente e vítima L.S. de O., com conteúdo pornográfico/erótico.

Consta ainda que entrou clandestinamente e contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, nas dependências de casa alheia; bem como perturbou a tranquilidade, por motivo reprovável, das vítimas M. R. J. da S. e L.S. de O.

(...)”

Guilherme Souza Almeida, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 04 anos e 09 meses de reclusão e 52 dias-multa, no regime fechado, por infração ao art. 240, *caput*, do Código Penal (f. 104-108).

Da preliminar

O apelante arguiu preliminar de nulidade da prova utilizada para a sua condenação, em razão dos policiais civis terem obtido informações contidas em seu aparelho celular, sem prévia autorização judicial. Afirma que tais provas são ilícitas, conforme entendimento do STF e STJ, devendo ser julgadas nulas e desentranhadas dos autos.

Rejeito a preliminar nos moldes do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 169-172), *in verbis*:

“(...) Verifica-se dos autos que o acesso ao celular apreendido ocorreu mediante autorização do apelante Guilherme Souza Almeida, a fim de que fossem colhidos dados relevantes da acusação que lhe era imputada.

As imagens contidas no aparelho celular foram espontaneamente disponibilizadas pelo apelante. O aparelho celular foi entregue voluntariamente à autoridade policial, conforme se verifica da sentença e do interrogatório extrajudicial (f. 23).

O apelante durante a abordagem afirmou que em seu aparelho celular continha imagens de conteúdo erótico de uma festa realizada na Comarca de Inocência, MS.

Guilherme confessou a prática delitiva no momento do interrogatório: “(...) o declarante informa que, filmou suas vizinhas porque achou que elas eram bonitas mas afirma que não tinha intenção de mandar o vídeo para ninguém e também não mandou;” (f. 23).

Sobre o procedimento realizado pela polícia, esclarece-se que o apelante autorizou a verificação do celular, o que não se confunde com a quebra do sigilo telefônico.

Em outras palavras, a proteção a que se refere o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos.

Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: ‘Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados’ 2.

Em outro julgado, a mesma posição é mantida pelo STF:

HABEAS CORPUS – NULIDADES – (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA – (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL – VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÊU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS – VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS – ORDEM DENEGADA. (...) 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. (HC 91867, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, Acórdão Eletrônico DJ-e 185 Divulg 19-09-2012 Public 20-09-2012) (grifo nosso)

No mesmo sentido é a jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça :

‘a extração de dados relativos à agenda telefônica e caixa de mensagens de texto, relevantes para o sucesso da investigação criminal, não está acobertada pelo manto do sigilo telefônico, prescindindo, pois, de autorização judicial, haja vista que o trabalho técnico resultante da perícia não culminou na violação a qualquer conteúdo das conversas realizadas entre os interlocutores. Assim, o procedimento adotado pelo laudo pericial, consistente em checar os últimos números e mensagens textuais registrados na memória dos celulares difere, sobremaneira, do efetivo acesso ao conteúdo das conversas efetuadas pelas linhas dos referidos aparelhos.

Em sendo assim, o caso concreto deve receber proteção jurídica distinta daquela contida no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, não estando, pois acobertado pelas garantias constitucionais da inviolabilidade das comunicações telefônicas e da reserva jurisdicional”¹³ (grifo nosso).

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – RECURSO DE ÉDER – PRELIMINAR – NULIDADE DO PROCESSO – ACESSO A DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR APREENDIDO – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRAR O SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CIÊNCIA DO TRANSPORTE DA DROGA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENABASE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO PRIVILÉGIO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ PREJUDICADO MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO – MANTIDO SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO – PROPRIEDADE DO BEM NÃO COMPROVADA – PERDIMENTO – MANTIDO RECURSO DESPROVIDO. *Conforme disposições contidas no art. 6º do CPP, tem-se que é permitida a apreensão de qualquer objeto que tenha relação com o fato delituoso, bem como a colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, sendo, inclusive, dever dos funcionários responsáveis pela investigação proceder à coleta de todo e qualquer material probatório apto em comprovar a prática da infração penal. Nesse contexto, não há qualquer ilegalidade no procedimento realizado pelos policiais, relativo à apreensão dos celulares dos réus e posterior verificação das últimas ligações e mensagens de texto registradas nos referidos telefones móveis. Se o conjunto probatório não deixa dúvidas de que o apelante agiu como “batedor de estrada” para o corréu transportar a droga no caminhão, deve ser mantida a condenação. Não se modifica a pena-base se o magistrado fixou-a em atendimento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06. (...) (TJMS. Apelação n. 0000670-70.2016.8.12.0033, Eldorado, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 23/01/2017, p: 06/02/2017) (grifo nosso)*

Assim, inexistente qualquer ilicitude na prova espontaneamente entregue pelo apelante, o qual confessou a prática do ato ilícito, sendo prescindível autorização judicial, pois o acesso ao celular foi autorizado pelo proprietário.

Portanto, deve ser rejeitado pedido de declaração de nulidade das provas produzidas extrajudicialmente, referente ao aparelho celular apreendido.

(...).”

Por tais razões, rejeito a preliminar arguida.

Tendo sido superada a questão posta como preliminar, passo ao exame do mérito.

¹ TJMS. Apelação criminal nº 0013574-26.2013.8.12.0002. Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Dje 09/06/2015.

Do mérito

No mérito, o apelante pede a absolvição. Alternativamente, pede a fixação do regime semiaberto.

A sentença analisou atentamente as provas dos autos, fundamentando a condenação, não merecendo qualquer reparo.

A autoria e a materialidade do fato delituoso restaram amplamente comprovadas nos autos pelo boletim de ocorrência (f. 06-07), declarações da vítima L. e sua genitora M. R. (f. 08 e 10) corroboradas pelas testemunhas (f. 95 – audiovisual) e principalmente pelo relatório de investigação (f. 15-22).

Restou demonstrado nos autos que o apelante, que é vizinho das vítimas M. R. e L., respectivamente, mãe e filha, esta última, adolescente, filmou e fotografou ambas, enquanto tomavam banho.

Os fatos somente vieram à tona, porque o apelante foi tentar filmar a outra vizinha S., que também estava tomando banho, momento em que ela viu uma mão segurando um celular por dentro da janela do banheiro e passou a gritar pedindo socorro.

A testemunha S. comunicou os fatos à polícia civil e quando os policiais vieram até sua residência, resolveram abordar o vizinho dela, ora apelante Guilherme, tendo o mesmo negado os fatos, porém apresentado o seu telefone celular, oportunidade em que foi constatado que ele possuía outras imagens de mulheres nuas tomando banho.

Apesar de o apelante ter afirmado aos policiais que estas imagens referiam-se a uma pessoa filmada na “Festa do Peão”, na cidade de Inocência/MS, as outras vizinhas, ora vítimas M. R. e L., foram reconhecidas nelas, e, na delegacia, confirmaram que as imagens eram realmente suas, no momento em que estavam tomando banho (f. 08, 10 e 15-22).

De acordo com o documento de identidade de f. 14, a vítima L. possuía 13 anos de idade na época dos fatos.

Em juízo, a vítima L., sua genitora M. R. e as testemunhas confirmaram de forma coerente e segura a ocorrência dos fatos.

A genitora da vítima, M. R., esclareceu que o apelante era vizinho de muro, sendo que a residência dele ficava nos fundos da residência delas, e que o muro era bem baixo, ou seja, só tinha duas placas; assim, a janela de seu banheiro ficava voltada para os fundos da área da residência dele e que ele havia tirado fotos e realizados filmagens dela e de sua filha nuas, tomando banho, somente tomando ciência dos fatos, após a denúncia da outra vizinha dele, S., pois ele também tentou filmá-la tomando banho. M. R. esclareceu, ainda, que havia muitas filmagens “vulgares” de sua filha L., adolescente, pegando imagens tanto da frente do corpo dela, quanto de toda a parte das costas, quando ela saía do box para ir se enxugar (f. 95 - audiovisual).

O apelante não compareceu à audiência judicial, porém na fase extrajudicial confessou a prática delituosa:

(...) o declarante informa que, filmou suas vizinhas porque achou que elas eram bonitas, mas afirma que não tinha intenção de mandar o vídeo para ninguém e também não mandou; que o declarante nunca conversou com as referidas vizinhas e apenas cumprimenta. (f. 23).

Segundo a doutrina²:

“(...) Por cena pornográfica entenda-se aquela que tenha cunho libidinoso, voltada à satisfação da lascívia, ainda que não diga respeito propriamente à conjunção carnal, anal ou oral, que caracterizam a cena de sexo explícito, propriamente dita, como, aliás, esclarece o art. 241-E, comentado a seguir: (...).”

E, ainda, de acordo com o art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“(...) Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.”

Não há dúvidas, portanto, de que o apelante fotografou e filmou cenas pornográficas envolvendo a adolescente L., não havendo falar em absolvição por falta de provas, eis que estas foram sobejamente demonstradas nos autos.

De ofício, afasto a agravante da reincidência da pena do apelante.

Consta na certidão de antecedentes criminais, expedida por este Tribunal de Justiça, às f. 44-48, que o apelante foi condenado na ação penal nº 0001136-54.2007.8.12.0009, por infração ao art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 ano de reclusão e 20 dias-multa, no regime aberto, com trânsito em julgado em 18/02/10, ficando demonstrados os maus antecedentes.

Os outros processos citados pela magistrada *a quo* na dosimetria da pena não configuram a agravante da reincidência, pois os Autos nº 0002386-26.2010.8.12.0007 refere-se à execução da pena extraída da Ação Penal acima citada (0001136-54.2007.8.12.0009), enquanto os Autos nº 0102345-38.2008.8.12.0007, refere-se a crime prescrito, assim reconhecido na própria sentença (f. 44-45 e 47-48).

Portanto, havendo somente uma condenação apta a configurar os maus antecedentes, afasto a agravante da reincidência, de ofício, da dosimetria da pena do apelante.

Nova dosimetria da pena

Na primeira fase, a pena-base fica mantida nos termos da sentença, ou seja, em 04 anos e 06 meses de reclusão e 50 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea (reconhecida na sentença), mas em atendimento ao enunciado n. 231 do STJ, reduzo a pena para o mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, tornando-a definitiva neste patamar ante a ausência de outras circunstâncias a sopesar.

Por consequência, sendo o agente primário, com pena igual a 04 anos, mas possuidor de antecedentes criminais, altero o regime prisional para o semiaberto, em atendimento ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o qual entendo ser necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito, sem possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Conclusão

² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 6 ed. rev. e atual. conforme Leis nº 12.010/2009 e 12.594/2012 - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1114.

Diante do exposto, em parte com o parecer, rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso de Guilherme, somente para alterar o regime prisional para o semiaberto.

De ofício, afasto a agravante da reincidência, tornando a pena definitiva em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, no regime semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002145-09.2016.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ART. 45, § 1º, DO CP – REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A vedação do art. 7º, IV, da CF, não se aplica ao disposto no art. 45, § 1º, do CP, uma vez que ao determinar a fixação da pena pecuniária em salários mínimos, o dispositivo do CP utiliza esse parâmetro como sanção pecuniária, e não como indexador monetário.

A fixação da pena pecuniária deve ater-se à condição econômica do réu e guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade imposta. Desse modo, embora fixada dentro dos parâmetros legais, a prestação deve ser reduzida para 01(um) salário mínimo para cada delito, tendo em vista as condições financeiras do acusado, bem como o mesmo foi patrocinado pela Defensoria Pública durante todo o processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Charles Crei Porto Rodrigues interpõe recurso de apelação criminal contra sentença prolatada pelo juízo da vara criminal da comarca de Paranaíba que, nos autos da ação penal promovida pelo Ministério Público Estadual, acolheu a pretensão deduzida na denúncia, para o fim de condená-lo às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão em regime aberto, e ao pagamento de 165 (cento e sessenta e cinco) dias-multa, sendo a pena corporal substituída por restritiva de direitos na modalidade de pena pecuniária no importe de 08 (oito) salários mínimos, pela prática do crime capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

O apelante requer o afastamento do parâmetro legal mínimo atinente à prestação pecuniária e a sua consequente redução. Prequestiona os seguintes artigos: 5º, XLVI e LIV, 7º, inc. IV, 93, IX, todos da CF, 45, § 1º, e 59, ambos do CP.

Em contrarrazões, o *Parquet* pugna pelo desprovimento do recurso (f. 107-115). Prequestiona: “*toda matéria de direito discutida na sentença*”. (f. 115).

Após sintetizar o feito, opina o representante da Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção do *decisum*. (f. 123-128).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal manejado por Charles Crei Porto Rodrigues interpõe recurso de apelação criminal contra sentença prolatada pelo juízo da vara criminal da comarca de Paranaíba que, nos autos da ação penal promovida pelo Ministério Público Estadual, acolheu a pretensão deduzida na denúncia, para o fim de condená-lo às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão em regime aberto, e ao pagamento de 165 (cento e sessenta e cinco) dias-multa, sendo a pena corporal substituída por restritiva de direitos na modalidade de pena pecuniária no importe de 08 (oito) salários mínimos, pela prática do crime capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Requer o apelante o afastamento do parâmetro legal mínimo atinente à prestação pecuniária e a sua consequente redução. Por fim, suscita questionamento.

Eis o breve relato do necessário.

O apelante pugna pela inconstitucionalidade decorrente da afronta à proibição constante do art. 7º, IV, da Constituição Federal e que seja conferida interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 45, § 1º, do CP, para afastar o parâmetro legal mínimo ali previsto, para fins de determinação do valor da prestação pecuniária imposta ao condenado, admitindo-se, ao revés, sua fixação em qualquer valor, ainda que este último seja inferior a 01 (um) salário mínimo.

No que concerne a suposta inconstitucionalidade da fixação de prestação pecuniária em salário mínimo, ao fundamento de que afronta a proibição constante do art. 7º, IV, da CF, tenho que razão não lhe assiste.

Isto visto que, a referida norma constitucional busca proibir a utilização do salário mínimo como índice ou fator de referência para a correção monetária, sob pena de desvirtuar sua natureza salarial.

Contudo, a condenação em prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1º, do Código Penal, possui valor fixo, tomando como base para o cálculo da pena, o salário mínimo vigente à época dos fatos, não visando a atualização ou correção do valor a ser pago pelo condenado.

Neste sentido, é o seguinte julgado:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELA DEFESA – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45, § 1º, DO CÓDIGO PENAL – INOCORRÊNCIA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – FIXAÇÃO EM QUATRO SALÁRIOS MÍNIMOS NA SENTENÇA – POSSIBILIDADE – APELANTE ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA – RAZOABILIDADE E CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A condenação em prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1º, do Código Penal, possui valor fixo, tomando como

base para o cálculo da pena, o salário mínimo vigente à época dos fatos, não visando, portanto, a atualização ou correção do valor a ser pago pelo condenado. Na fixação da prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade deve ser observada a proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime, levando em consideração as circunstâncias do fato delituoso e a condição econômica do acusado. (TJMS. Apelação n. 0003378-75.2015.8.12.0018, Paranaíba, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 05/03/2018, p: 07/03/2018)

Dessa forma, não há se falar em inconstitucionalidade na fixação da prestação pecuniária em salário mínimo, sendo, portanto, incabível sua redução a quem desse *quantum*, conforme vedação expressa do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Por outro lado, no que tange ao pleito de redução da prestação pecuniária em valor menor ou igual a 01 (um) salário mínimo, tenho que o pedido merece acolhimento. Vejamos.

Conforme ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci¹,

(...) a finalidade precípua da prestação pecuniária é antecipar a reparação de danos causados pelo crime, deve guardar correspondência justamente com o montante aproximado do prejuízo experimentado pelo ofendido.

Assim, tendo em vista que a finalidade da prestação pecuniária é, também, reparar o dano causado pela infração penal, não há necessidade de guardar correspondência ou ser proporcional à pena privativa de liberdade aplicada.

Contudo, em análise aos autos, percebe-se que o montante fixado pelo juízo *a quo* ultrapassa a capacidade financeira do apelante.

Verifica-se que o réu foi patrocinado pela Defensoria Pública, que previamente analisa a hipossuficiência da parte por ela assistida, o que, de certa forma, denota a sua dificuldade financeira, bem como consta dos autos que é eletricitista (f. 12).

Deste modo, observando a conduta delituosa do recorrente, sua capacidade econômica, bem como a finalidade da prestação pecuniária, entendo que a quantidade de 08 (oito) salários mínimos, realmente, foi fixada de forma desproporcional, motivo pelo qual reduzo-a para 01 (um) salário mínimo, quantidade esta, proporcional e suficiente para punir a conduta delituosa do réu, sem prejudicar sua situação econômica.

Ressalte-se que o acusado poderá requerer o parcelamento do *quantum* fixado na sentença ao juízo da execução, de modo que facilite a ele, o pagamento da prestação pecuniária.

Por derradeiro, relativamente ao prequestionamento do comando normativo apontado pelo recorrente em suas razões recursais, cuida-se de questão suficientemente debatida, sobre a qual é desnecessária a manifestação expressa no acórdão.

Pelas razões expendidas, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento para reduzir o *quantum* da prestação pecuniária para 01 (um) salário mínimo.

¹ Código penal comentado 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 0000037-69.2018.8.12.0104 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – OFENSOR PAI E VÍTIMA FILHA – SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA EM FACE DO AGRESSOR – OFENSA QUE DECORREU DA RELAÇÃO INTRAFAMILIAR E DA CONDIÇÃO DE GÊNERO MULHER – VARA ESPECIALIZADA – RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER PARA ATUAR NO FEITO – CONFLITO IMPROCEDENTE.

Nos termos da inteligência legislativa do art. 5º da Lei 11.340/06, a competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é definida quando a vítima for mulher, pautada, então, na opressão de gênero (sexo feminino) e, ainda, quando resultante de relação íntima de afeto ou do convívio intrafamiliar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, julgar improcedente o conflito de jurisdição.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra Mulher da Comarca de Campo Grande/MS em face do Juízo da 4ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Campo Grande, que, se declarou incompetente para processar e julgar o Feito de nº 0000037-69.2018.8.12.0104, movido pelo Ministério Público Estadual em desfavor de C. M. da S.

O magistrado suscitante alega que o delito imputado ao acusado, contra sua filha A. C. M. da S., não preenche os requisitos necessários para a aplicação da Lei Maria da Penha, não havendo razão para que seja processado no juízo especializado em violência doméstica, em detrimento do juízo suscitado, que se apresenta hábil e originalmente competente.

O juízo suscitado prestou informações, aduzindo que a agressão foi oriunda da relação de convivência e intimidade entre as partes, devendo-se afastar a competência do juizado especial criminal (f. 37-39).

Parecer da Procuradoria de Justiça pela improcedência do conflito, no sentido de que seja reconhecida a competência do juízo de direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher desta Capital, para julgar os autos da Ação Penal nº 0000037-69.2018.8.12.0104.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo juiz de direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra Mulher da Comarca de Campo Grande/MS em face do juízo da 4ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Campo Grande, que, se declarou incompetente para processar e julgar o Feito de nº 0000037-69.2018.8.12.0104, em desfavor de C. M. da S..

O magistrado suscitante alega que o delito imputado ao acusado, contra sua filha A. C. M. da S., não preenche os requisitos necessários para a aplicação da Lei Maria da Penha, não havendo razão para que seja processado no juízo especializado em violência doméstica, em detrimento do juízo suscitado, que se apresenta hábil e originalmente competente.

A suscitada prestou informações, aduzindo que a agressão foi oriunda da relação de convivência e intimidade entre as partes, devendo-se afastar a competência do juizado especial criminal (f. 37-39).

Pois bem, a controvérsia dos autos cinge-se à análise da aplicabilidade ou não da Lei Maria da Penha ao caso *sub judice*.

Consta dos autos que na data dos fatos, a vítima estava em sua residência juntamente com o autor, quando, após uma brincadeira efetuada por aquela, o agressor ficou nervoso e jogou contra ela, por duas vezes, o aparelho celular e tentou lhe desferir um soco.

Diante disso, a ofendida levantou-se e disse que, se o autor a agredisse, ela iria registrar um boletim de ocorrência em seu desfavor. Neste momento, ele segurou-a pelo pescoço com as duas mãos e a ofendeu, chamando-a de vagabunda. O acusado supostamente só soltou a vítima quando a sua mãe e sua irmã intercederam. Das agressões não restaram lesões aparentes.

Incabível a alegação de que o pai apenas limitou-se a corrigir sua filha, pelo contrário, termo circunstanciado de ocorrência foi instaurado para apurar o cometimento das infrações de vias de fato e injúria perpetradas, mediante violência doméstica, ultrapassando os limites do denominado direito de correção, usado na educação dos filhos.

É cediço que, a Lei nº 11.340/06, inseriu no seu âmbito de proteção não só a mulher, mas a própria entidade familiar ao falar também em violência doméstica e não apenas em violência contra mulher.

Nos termos da referida lei, a violência doméstica e familiar contra a mulher, é configurada pela ação ou omissão pautada no gênero, que lhe cause lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, conforme disposto no art. 5º da Lei mencionada.

Maria Berenice Dias, leciona que:

“(...) para se chegar ao conceito de violência doméstica é necessária a conjugação dos seus arts. 5º e 7º. (...) Ou seja, violência doméstica é qualquer das ações elencadas no art.7º (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticadas contra

a mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva.” (DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 49)

Na mesma obra, a doutrinadora acrescenta que:

“(…) A Lei não poderia ser mais didática. Primeiro define o que seja violência doméstica (LMP, art.5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois, estabelece seu campo de abrangência. A Violência passa a ser doméstica quando praticada: (a) no âmbito da unidade doméstica; (b) no âmbito da família; ou (c) em qualquer relação íntima de afeto, independente da orientação sexual da vítima.” (DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 49-50).

Nesse sentido, são os seguintes julgados deste colendo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Vejamos:

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – LESÃO CORPORAL, AMEAÇA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – PRATICADO PELO PAI CONTRA A FILHA – INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/2006 – CONFLITO PROCEDENTE. I - É da competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher apurar a prática dos delitos de ameaça, lesão corporal e violação de domicílio em que o acusado invade a casa de sua genitora - onde a sua filha mantinha morada - e, valendo-se de sua ascendência e superioridade física, ameaça e lesiona sua filha, restando evidenciado o vínculo jurídico de natureza familiar e, ainda, que a prática delitiva ocorreu em razão da vulnerabilidade da vítima, em relação a seu agressor, caracterizando, assim, a violência de gênero a ensejar a aplicação da Lei Maria da Penha. II - Conflito negativo de competência a que, contra o parecer, dá-se provimento. (TJMS. Conflito de Jurisdição nº 0002914-68.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 23/06/2016, p: 27/06/2016)

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – SUSCITANTE O JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA CRIMINAL ESPECIAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE E SUSCITADO O JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE CAMPO GRANDE – CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA NO ÂMBITO FAMILIAR – CRIMES CONTRA A CONVIVENTE E A FILHA ADOLESCENTE – MESMO CONTEXTO FÁTICO – FATOS CONEXOS – CONEXÃO INSTRUMENTAL – ART. 76, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – AFASTADA A COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA DA 7ª VARA (CRIME CONTRA ADOLESCENTE) – FIXADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – CONFLITO PROCEDENTE. É irrelevante o fato de a vítima de um crime ser adolescente para a aplicação da Lei nº 11.340/06, quando demonstrado o vínculo de parentesco entre agente (pai) e ofendida (filha) e, ainda, se há indicativo de que o delito decorreu em razão do gênero (mulher). Constatada a conexão instrumental, uma vez que o delito foi praticado no mesmo contexto fático em que o acusado ofendeu a integridade física de sua ex-convivente, inafastável a competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, que é vara especializada. Conflito de jurisdição procedente, declarando competente, in casu, o juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande (Juízo Suscitado). (TJMS. Conflito de Jurisdição nº 1602592-19.2015.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 16/02/2016, p: 23/02/2016)

In casu, a agressão foi direcionada contra a filha do ofensor, dentro da esfera de convívio em que ambos coabitam à luz do que dispõe o inciso I, art. 5º da Lei 11.340/06, estando presentes ainda, a relação íntima de afeto, a motivação de gênero e a situação de vulnerabilidade, atraindo a competência da Vara Especializada de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher para o processamento e julgamento da ação penal em questão.

Logo, o presente conflito deve ser rejeitado.

Ante o exposto, com o parecer, julgo improcedente o presente conflito negativo de jurisdição, reconhecendo como competente para o processamento e julgamento dos autos da Ação Penal nº 0000037-69.2018.8.12.0104 o juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, julgaram improcedente o conflito de jurisdição.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

1ª Câmara Criminal**Apelação nº 0000176-10.2018.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste****Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA – MAJORAÇÃO DA PENA-BASE PELA AGRAVANTE DO ART. 61, II, “F”, DO CP EM FRAÇÃO IMAGINÁRIA SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO), SEM FUNDAMENTAÇÃO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO.

O STJ e o STF utilizam um patamar imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida, haja vista o sistema trifásico de dosimetria da pena, consagrado no art. 68, *caput*, do Código Penal, sistema este ordenado em 3 (três) fases, onde o estágio subsequente em todo caso se apresenta como mais gravoso do que o anterior, de maneira que, sendo a terceira etapa da dosimetria hierarquicamente superior às outras 2 (duas) fases e, levando em conta que a menor causa de aumento de pena legalmente prevista equivale ao patamar 1/6 (um sexto), a consequência lógica é que este *quantum* é o apropriado para o segundo momento do processo de dosimetria da pena, porquanto este não pode exceder àquele – o terceiro estágio da dosimetria –, o qual é o mais oneroso de todos, sendo permitido ao magistrado, contudo, a escolha de outro patamar ou critério que melhor lhe aprouver, desde que observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e que haja fundamentação concreta e adequada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Nelsindo Eibel Júnior recorre da sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando-a a pena de 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto, cuja a pena foi substituída pela suspensão condicional da pena, pelo prazo de 02 (dois) anos, a ser estabelecida pelo juízo da Execução Penal, pela prática do delito previsto no art. 147, *caput*, do Código Penal.

Sustenta, em apertada síntese, pelo redimensionamento da agravante do art. 61, II, “F”, do CP, para o patamar de um sexto. Prequestiona o artigo 68, do Código Penal.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, às f. 123-128, pugnando pelo improvimento do recurso.

À Procuradoria-Geral de Justiça (f. 139-141), manifestou pelo desprovimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Nelsindo Eibel Júnior contra a sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando-a a pena de 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto, cuja a pena foi substituída pela suspensão condicional da pena, pelo prazo de 02 (dois) anos, a ser estabelecida pelo juízo da execução penal, pela prática do delito previsto no art. 147, *caput*, do Código Penal.

Sustenta, em apertada síntese, pelo redimensionamento da agravante do art. 61, II, “f”, do CP, para o patamar de um sexto. Prequestiona o artigo 68, do Código Penal.

Inicialmente, cumpre frisar que o magistrado singular efetuou a dosimetria da pena, à f. 109, nos seguintes modos:

“Atendendo as diretrizes do art. 59 do Código Penal, verifico que culpabilidade não destoia do normalmente esperado pelo tipo. A despeito da elevada reprovabilidade da conduta social do réu, pelo mesmo ter se aproveitado de sua relação familiar e sua coabitação com as vítimas na prática do delito examinado, levo tal peculiaridade para valoração na fase posterior. A personalidade do condenado não foi objeto de apuração acurada. Não houve motivo relevante aparente. As circunstância e consequências foram normais à espécie. O réu não registra antecedentes (f. 83-84). Desse modo, estabeleço a pena-base no mínimo legal, qual seja, 1 (um) mês de detenção.

Inexiste circunstância atenuante a ser considerada, por consequente, valorando a agravante do art. 61, II “f” do CP, estabelecendo a pena intermediária em 2 (dois) meses de detenção.

Ante a ausência de qualquer causa de aumento ou diminuição de pena, torno definitiva a pena de 2 (dois) meses de detenção.” [destaquei]

Observa-se, que o juiz *a quo*, ao realizar a dosimetria da pena, na segunda fase da sentença, em decorrência da agravante do art. 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal, aumentou em 01 (um) mês de detenção.

Como é sabido, não há critérios pré-definidos no Código Penal para valorar as circunstâncias legais, que correspondem as atenuantes e agravantes, previstas, respectivamente, nos arts. 65/66 e arts. 61/62 do aludido diploma legal.

Em vista disso, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal utilizam um patamar imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida, haja vista o sistema trifásico de dosimetria da pena, consagrado no art. 68, *caput*, do Estatuto Repressivo, sistema este ordenado em 3 (três) fases, onde o estágio subsequente em todo caso se apresenta como mais gravoso do que o anterior, de maneira que, sendo a terceira etapa da dosimetria hierarquicamente superior às outras 2 (duas) fases e, levando em conta que a menor causa de aumento de pena legalmente prevista equivale ao patamar 1/6 (um sexto), a consequência lógica é que este *quantum* é o apropriado para o segundo momento do processo de dosimetria da pena, porquanto este não pode exceder àquele – o terceiro estágio da dosimetria –, o qual é o mais oneroso de todos.

Esclareça-se, por oportuno, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de admitir que o julgador escolha outro patamar ou critério que melhor lhe aprouver, desde que observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e que haja fundamentação concreta e adequada.

Nesse sentido, colha-se o seguinte precedente daquela Corte Superior:

“CONSTITUCIONAL E PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO – INADEQUAÇÃO – ROUBO MAJORADO – DOSIMETRIA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL PELAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – MOTIVAÇÃO IDÔNEA – REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO SEM ALTERAÇÃO DA PENA – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – EXASPERAÇÃO EM 1/4 ADMITIDA – WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O trauma sofrido pela ofendida, que não pode ser confundido com o abalo emocional suportado pelas vítimas de crimes violentos, bem como as lesões corporais causadas pelos inúmeros pontapés deferidos contra o seu rosto, justificam a exasperação da pena-base, não havendo se falar em mera invocação das elementares do tipo penal incriminador.

3. Deve ser reconhecido que o aumento em 1/8 para cada circunstância judicial desfavorável não tem caráter absoluto, admitindo-se incremento um pouco superior desde que concretamente motivado. Por certo, a própria impetrante, malgrado tenha sustentado que a ocorrência de bis in idem na primeira fase da dosimetria, pugnou, subsidiariamente, pela redução do aumento para o patamar de 1/6, o que atende aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena.

4. Tendo em vista o intervalo entre as penas mínima e máxima estabelecidas para o crime de roubo, que corresponde a 6 (seis) anos, deve a reprimenda ser exasperada em 12 (doze) meses, totalizando 5 (cinco) anos de reclusão, mesma pena fixada pela Corte de origem, razão pela qual o quantum de reprimenda permanece inalterado.

5. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

6. Este Superior Tribunal de Justiça entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico, como na hipótese em apreço, da qual decorre que a pena imposta na segunda etapa da dosimetria não merece reparo. 7. Writ não conhecido.” (HC nº 381179/SP; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Quinta Turma; Julgado aos 16/2/2017). (destacamos)

Posto isso, levando em consideração a ausência de fundamentação para a adoção do parâmetro acima mencionado na valoração da circunstância agravante do art. 61, II, “F”, do CP, é forçoso reconhecer que o patamar utilizado pelo sentenciante é desarrazoado e desproporcional, razão pela qual, a meu sentir, a pena imposta na segunda fase da dosimetria deve ser agravada em 05 (cinco) dias de detenção, passando definitivamente para 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção.

Quanto ao prequestionamento aventado pelo recorrente, tenho que toda a matéria porventura alegada foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Pelo exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso de apelação, a fim de reduzir o patamar de majoração da agravante do art. 61, II, “f”, do CP, em 1/6 (um sexto), passando a pena definitiva para 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção, mantendo os demais termos da sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

1ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0004297-60.2016.8.12.0008/50000
Corumbá
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO – ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – PROCEDÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À DIGNIDADE SEXUAL DA SUPOSTA VÍTIMA – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DEMONSTRANDO QUE OS RECORRENTES DOLOSAMENTE APROVEITARAM-SE DA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MENOR – DISCRIMINANTES DE ERRO DE TIPO E PROIBIÇÃO – RECONHECIDAS - RECURSO PROVIDO.

O bem jurídico tutelado pelo tipo previsto no artigo 217-A do Código Penal é a dignidade sexual do menor de quatorze anos que não tenha capacidade de discernir a prática do ato sexual. É incorreto falar em proteção da liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois sabidamente em tais casos não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade. Na verdade, mais que proteger a liberdade sexual do menor de quatorze anos, a criminalização da conduta descrita procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para que tenha, em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual. (cf. Cezar Roberto Bitencourt, *in* Tratado de direito penal, 4: parte especial. – 8. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, cap. IV).

Restando comprovado que o ato sexual praticado entre os envolvidos em nada atentou contra a dignidade sexual da suposta vítima, pois cingiu-se a uma experiência sexual (conjunção carnal) entre os três adolescentes, com o consentimento de todos, inclusive da ofendida, sem qualquer induzimento, aliciação, ou aproveitamento, a conduta perpetrada pelos recorrentes não configura ato análogo a estupro de vulnerável.

Ademais, diante das circunstâncias do caso concreto e da ausência de comprovação de que os adolescentes dolosamente se aproveitaram da situação de vulnerabilidade da suposta vítima, não é juridicamente defensável atribuir-lhes a prática de ato análogo a estupro de vulnerável, tão somente em razão da idade da menor, se as próprias circunstâncias do fato afastam o injusto da conduta imputada.

Se as provas não demonstram, com segurança, que os adolescentes agiram com a necessária consciência de que estavam praticando um comportamento punível, nem tampouco que detinham ciência do caráter ilícito do fato típico por eles praticado, deve-se absolvê-los mediante aplicação das discriminantes de erro de tipo e proibição.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento aos embargos infringentes.

Campo Grande, 24 de outubro de 2018.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de embargos infringentes opostos por G. do E.S.S. e P.V.M. de O. em face do acórdão majoritário proferido pela e. 2ª Câmara Criminal, que negou provimento ao recurso defensivo.

Postula a prevalência do voto minoritário proferido pelo e. Des. José Ale Ahmad Netto no apelo subjacente, que o provia o apelo para absolver os recorrentes nos termos do artigo 386, III, do CPP.

A Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por G. do E.S.S. e P.V.M. de O. em face do acórdão majoritário proferido pela e. 2ª Câmara Criminal, que negou provimento ao recurso defensivo.

Postula a prevalência do voto minoritário proferido pelo e. Des. José Ale Ahmad Netto no apelo subjacente, que o provia o apelo para absolver os recorrentes nos termos do artigo 386, III, do CPP.

A Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento.

Segundo consta, o MPE ofereceu representação em desfavor dos recorrentes imputando-lhes a prática de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável (CP, artigo 217-A), com base nas seguintes asserções:

“(...) No dia 11 de maio de 2016, por volta das 14:00 hs, na Rua Minas Gerais, Bairro Cristo Redentor, numa casa de esquina com a Primeira de Abril, na cidade Corumbá/MS, os representados P.V.M. de O. e G. do E.S.S. mantiveram conjunção carnal com a vítima R.A. de S.V., que possuía 13 anos à época dos fatos. Segundo restou apurado, a vítima combinou de encontrar-se com os representados num local abandonado para manterem relação sexual. Ato contínuo, quando P. e a vítima começaram a se relacionar, esta pediu para P. parar. Entretanto, o representado continuou o ato sexual mesmo sem o seu consentimento. Em seguida, o representado G. iniciou o ato sexual também sem o consentimento da vítima. O exame de corpo de delito atestou que a vítima não é virgem e apresenta rotura himenal recente, conforme Laudo nº 12.568/16 (f. 21-22).” (os nomes foram abreviados)

Após o processamento do feito, sobreveio a sentença de procedência da representação, aplicando medida socioeducativa de prestação de serviços em face dos adolescentes, pelo prazo de 06 meses.

Houve recurso defensivo, que foi desprovido pela e. Segunda Câmara Criminal desta Corte, nos termos do voto do e. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, a seguir reproduzido:

“(...) Pois bem. Em que pesem os substanciosos argumentos da combativa defesa, entendo que pretensão recursal não comporta acolhida, pois a materialidade e a autoria infracionais restaram sobejamente comprovadas, através da palavra da vítima, das declarações de sua genitora, do laudo pericial de f. 24-25, além das declarações dos próprios representados, que em grande parte coincidem com as declarações da ofendida.

Inexistem razões para infirmar a conclusão do julgador a quo, que, bem apreciando todos os elementos probatórios coligidos ao longo da instrução processual, à luz do devido processo legal, apontou de forma concreta e fundamentada os motivos pelos quais acolheu a tese acusatória deduzida pelo Ministério Público, demonstrando com detalhes e coerência a responsabilidade dos recorrentes pelo ato infracional descrito na representação.

Nesse sentido, pela excelência de seus fundamentos, destaco um trecho da sentença: ‘A materialidade do ato infracional está comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 06 e o laudo de exame de corpo de delito ato libidinoso diverso da conjunção carnal e conjunção carnal de f. 24-25, bem como pela prova testemunhal produzida. A autoria, por sua vez, restou igualmente comprovada ao longo da instrução processual. Ao serem ouvidos em juízo os representados admitiram a prática do ato infracional, entretanto, alegaram que os atos sexuais foram praticados com o consentimento da vítima (f. 46-47). Ocorre que a vítima, malgrado tenha afirmado que num primeiro momento consentiu em manter relações sexuais com ambos os representados, assevera em juízo que durante a prática dos atos sexuais se arrependeu e solicitou que tais atos cessassem, todavia, foi ignorada pelos representados que consumaram o ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável (f. 63). O depoimento da vítima é corroborado pelas declarações de sua genitora, a senhora A.M.F. de S., a qual afirmou em juízo à f. 63, que sua filha, no dia dos fatos, lhe confidenciou ter mantido relações sexuais com os representados, entretanto, teria sido forçada, em um dado momento, a prosseguir com os atos. Ademais, afirmou em audiência que: ‘[...] ela perdeu a virgindade, só que na hora, ela falou: Não, não quero, e eles pegaram ela na força e o P. mesmo falou: Não, você aguenta, e aí os dois pegaram ela [...]’. Dessa forma, tem-se que as provas indiciárias e a confissão dos representados na polícia, foram confirmadas pelos interrogatórios e depoimento da testemunha em juízo, afigurando-se como prova hábil e suficiente a embasar a procedência da representação’.

R.(vítima), em juízo, declarou que até a ida ao local com os dois apelantes para fins de prática sexual estava tudo de comum acordo, porém pouco tempo depois de iniciada a relação com P. teria se arrependido e pedido para que parasse, não sendo atendida por ele, que foi até o fim (até a ejaculação); posteriormente foi a vez de G., que já iniciou o ato contra a vontade da vítima; que pediu para que eles parassem, mas eles não pararam; que eles a colocaram contra a parede e seguraram com força; que cada um deles a segurou individualmente, durante o ato sexual; que logo após foi embora para casa e contou tudo para sua mãe; que realmente combinou com P. pelo facebook e, durante as tratativas, aceitou a participação de G.; que após o início da relação sexual arrependeu-se e pediu para que parassem, mas não foi atendida.

Não obstante as alegações dos representados de que o ato sexual foi até o fim consentido e que não sabem porque o ocorrido transformou-se em registro policial e processo judicial, a versão defensiva não merece prosperar.

Resta evidente pelos elementos do processo, em especial as palavras da ofendida e dos próprios apelantes, que até certo ponto são idênticas, além do próprio contexto fático em si, que houve prática sexual forçada, a despeito do inicial consentimento da vítima.

A palavra de R., coerente, segura e firme, desde a fase policial, serve como importante elemento de convencimento na hipótese, não havendo motivos razoáveis para desacreditá-la, eis que em nenhum momento foi possível perceber qualquer intenção da mesma em prejudicar os recorrentes, sobretudo considerando que o início do ato foi com sua expressa concordância, pois combinou de manter relação sexual com F. e aceitou que este levasse seu amigo G. para participar, o que foi confirmado por ela na polícia e em Juízo, com evidente constrangimento.

Nessa perspectiva, no âmbito do contexto probatório, faz-se necessário destacar que a palavra da vítima é de fundamental importância na busca pela verdade real, sobretudo nos casos de ilícitos sexuais, onde, não raras as vezes, são cometidos na ausência de testemunhas presenciais. (...)

É de salutar importância ressaltar que as declarações prestadas pela ofendida ganham ainda maior relevo em razão de estarem em absoluta sintonia com os demais elementos que foram coligidos - as peças informativas do inquérito, as declarações da informante, o laudo pericial, além das próprias declarações dos recorrentes (em parte). Não bastasse todos os aspectos acima apontados para a confirmação da prática infracional, importante ressaltar que em casos tais é prescindível que haja consentimento da vítima, menor de 14 anos, uma vez que presumida sua vulnerabilidade.

Nesse sentido, aliás, é a Súmula 593 do STJ, que deve ser transportada, in casu, para a esfera juvenil, ou seja, aplicável também para a situação de ato infracional, in verbis:(...)

Logo, as provas produzidas são suficientes e seguras para confirmar a autoria e materialidade infracionais, de modo que a sentença impugnada deve ser ratificada em todos os seus termos.”

Durante o julgamento, restou vencido o voto proferido pelo e. Des. José Ale Ahmad Netto, que absolvía os recorrentes com lastro nas seguintes razões:

“(...) Respeitosamente, divirjo do nobre Relator para dar provimento ao recurso de P.V.M. de O. e G. do E.S.S. e absolvê-los da imputação pela prática do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

Em suma, infere-se dos autos que os representados, mediante comum e prévio acordo com a vítima, menor de 14 (quatorze) anos, combinaram um encontro com o fito de praticarem conjunção carnal com a respectiva.

O representado P. contava com 14 (quatorze) anos e G. com 16 (dezesseis) anos de idade no dia em questão, ao passo que, a ofendida completaria 14 (quatorze) anos naquele mesmo ano (2016).

Ademais, segundo apurado, todos eram virgens, e a situação narrada correspondeu à primeira experiência sexual dos três adolescentes, ao menos no que tange à conjunção carnal propriamente dita.

Inicialmente o encontro foi estabelecido apenas entre a menor e P.; mas após indagá-la se G. poderia participar, a menor aceitou, e os três firmaram que faltariam

às respectivas aulas e se encontrariam em frente à escola da vítima para até o local escolhido, que seria disponibilizado por G..

Foram, então, à casa de um parente de G.. Contudo, chegou o seu tio, que notando a presença somente dos três adolescentes e que havia algo de estranho, mandou-os sair dali.

Seguiram para outro local, uma construção abandonada, onde efetivamente praticaram a conjunção carnal com a menor, um por vez.

Pois bem.

Desde já, vale consignar que embora a vítima tenha afirmado que em dado momento pediu para que P. parasse com o ato, o que não foi atendido ele; e, a cena se repetiu em seguida, na vez de G., tal narrativa restou sobremaneira enfraquecida diante dos demais elementos coligidos aos autos.

Sobressai com nitidez o constrangimento da vítima em sua oitiva em juízo ao falar dos fatos (mídia digital, f. 63). Quedou-se, durante a maior da audiência, a responder às perguntas que lhe foram feitas, observado-se a escassez de narrativa por iniciativa da própria ofendida.

Ao ser perguntada sobre a cena relativa a ter pedido para os representados pararem com o ato e eles não terem assim o feito, respondeu afirmativamente, que aconteceu. Todavia, da própria ilustração construída a partir de seus relatos, tem-se que desde a tratativa até à conjunção carnal, houve o consentimento da declarante, ressalvada a mencionada situação.

Causa estranheza, porém, a sua afirmativa, à luz dos dados obtidos em suas próprias declarações: Havia o acordo prévio com P. quanto aos atos que seriam praticados, tendo ele lhe dito que G. também iria, ao que não se opôs a declarante; inexistiu agressão; cada um dos representados na sua respectiva vez, teria ido adiante com a relação mesmo em face de seu pedido, ou seja, a cena se repetiu duas vezes, com os dois representados em momentos diversos; e ainda, embora já tivesse, supostamente, expressado a negativa a P., depois aceitou se relacionar com G. e ele fez o mesmo. Acrescente-se os seguintes detalhes, não menor relevantes: Findos os atos, os três seguiram juntos para a praça, pois aguardariam o sino da escola tocar.

Ora, reveste-se de certa contradição o fato alegado, com a situação de em seguida ter a menor se dirigido até a praça, normalmente, na companhia dos representados, com o intuito de aguardarem o sinal da escola bater.

Em contrapartida, os representados apresentaram versões praticamente idênticas entre si (vide arquivos audiovisuais, f. 46-47) – e inclusive à extraída das declarações da vítima, com exceção do ponto atinente a não terem encerrado a prática após solicitação dela.

Conforme descrito pelos adolescentes, ora apelantes, a menor em certo momento pediu para que a relação parasse, no entanto, foi atendida de pronto, e, passado um tempo, conversando (sobre se ela gostaria de continuar ou encerrar), a ofendida por si só, resolveu que poderiam retomar a relação, pois ela também almejava prosseguir.

Segundo a menor, sua mãe descobriu que ela não foi à aula e ao ser inquirida acabou cotando o que havia ocorrido.

Os representados verberaram m juízo que a vítima ao ser pressionada por sua mãe - que, segundo G., chegou a lhe dar uma “surra” por não ter ido à aula questionando-lhe as razões “apertando-a” para falar- veio a relevar os fatos à genitora.

Pois bem.

No que tange ao consentimento da menor na prática dos atos libidinosos com os representados, tenho que pela dinâmica dos fatos, pelas concisas narrativas dos representados, e em certo grau, até pelos relatos da própria infante, restou evidenciado nos autos.

Tudo leva a crer que não se está diante de um caso em que a vítima foi constrangida a praticar conjunção carnal forçada, ou que teve a sua liberdade sexual violada, sob o aspecto do elemento volitivo.

De uma análise sistemática dos elementos angariados ao processo, é possível se formar a convicção de que a cena em exame cingiu-se a uma experiência sexual (conjunção carnal) entre os três adolescentes, com o consentimento de todos, inclusive da ofendida, sem qualquer induzimento, aliciação, ou aproveitamento.

São relevantes os indícios quanto à possibilidade de ter a adolescente sustentado que pediu para que os representados parassem, para de alguma forma amenizar os fatos perante a sua genitora que ficou zangada; o que culminou na versão a ter que ser apresentado também às autoridades, já que noticiados na delegacia por ela.

Por outro norte, não se descarta do teor da súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, elencada no voto do ilustre relator, que trata da figura típica do art. 217-A do CP, in verbis:

‘O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática e ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.’

Conquanto, sob a minha ótica, não se afigura adequado o enquadramento da hipótese in tela - prática de atos libidinosos consentida entre adolescentes (incluindo os representados) de idêntica/praticamente a mesma idade – no ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), pelo prisma da tipicidade material, mormente – repiso - por se tratarem os representados de pessoas menores, cujas idades são respectivamente idêntica e de ínfima diferença comparadas à idade da vítima.

E não só. Somam-se a isso as peculiaridades do caso concreto: Não se faz presente o dolo de aproveitamento da vulnerabilidade da menor, em relação à sua idade; foi o primeiro ato libidinoso consistente em conjunção carnal de todos os envolvidos; o encontro para o citado fim foi combinado mediante livre e espontânea manifestação da vontade da menor; que, aliás segundo os representados, foi quem teve a iniciativa de ajustar com P. um encontro com a determinada finalidade.

Ora, não me parece razoável que o caso em questão se amolde (ainda que como conduta análoga a crime) àqueles em que o réu, pessoa maior e portanto imputável, aproveitando-se da vulnerabilidade da vítima a seduz, alicia e a convence a com ele praticar atos libidinosos. Mister ponderar que aqui os próprios representados eram, em paridade de condições com a vítima, igualmente vulneráveis.

Com efeito, não há justeza entre o caso posto e o bem jurídico tutelado pela norma do art. 217-A do CP, mesmo se tratando de infração equiparada.

Em vista disso, peço vênia para divergir do nobre Relator e votar no sentido da acolhida do pedido absolutório com relação a ambos os representados, isso com fulcro no art. 386, inciso III do Código Processual Penal.”

Pois bem, respeitado o entendimento em sentido contrário, sufrago da mesma compreensão explicitada no voto minoritário acima reproduzido, pois, ao meu ver, a conduta perpetrada pelos recorrentes não configura ato análogo a estupro de vulnerável (CP, artigo 217-A).

Como é cediço, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em exame é a dignidade sexual do menor de quatorze anos que não tenha capacidade de discernir a prática do ato sexual. É incorreto falar em proteção da liberdade sexual como bem jurídico protegido, pois sabidamente em tais casos não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza a vulnerabilidade. Na verdade, mais que proteger a liberdade sexual do menor de quatorze anos, a criminalização da conduta descrita procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para que tenha, em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual. (cf. Cezar Roberto Bitencourt, in Tratado de direito penal, 4: parte especial. – 8. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, cap. IV).

Na hipótese em tela, o ato sexual praticado entre os envolvidos em nada atentou contra a dignidade sexual da vítima. Afinal, conforme bem explorado pelo e. Des. José Ale Ahmad Netto, *“tudo leva a crer que não se está diante de um caso em que a vítima foi constrangida a praticar conjunção carnal forçada, ou que teve a sua liberdade sexual violada, sob o aspecto do elemento volitivo”*, sendo possível formar convicção no sentido de que o caso *“cingiu-se a uma experiência sexual (conjunção carnal) entre os três adolescentes, com o consentimento de todos, inclusive da ofendida, sem qualquer induzimento, aliciação, ou aproveitamento”*. Aliás, corrobora essa conclusão a narrativa da suposta vítima no que se refere à postura por ela adotada logo após o ato sexual, no sentido de que teria seguido em companhia dos recorrentes até a praça da cidade, onde ficou sabendo que sua mãe a procurava “desesperada” haja vista ter tomado conhecimento acerca da falta escolar. Disse que, nesse momento em que resolveu ir para casa e contar o fato àquela. Deveras, tal postura não condiz com aquela que seria adotada por uma vítima de estupro ocorrido mediante coação.

Dessa forma, mostra-se correta a compreensão explicitada no voto minoritário, no sentido de que:

(...) “não se afigura adequado o enquadramento da hipótese in tela - prática de atos libidinosos consentida entre adolescentes (incluindo os representados) de idêntica/praticamente a mesma idade – no ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), pelo prisma da tipicidade material, mormente – repiso - por se tratarem os representados de pessoas menores, cujas idades são respectivamente idêntica e de ínfima diferença comparadas à idade da vítima”.

Ademais, as provas inclusas não indicam que os adolescentes dolosamente aproveitaram-se da situação de vulnerabilidade da menor. Ao contrário, foi a primeira experiência sexual dos envolvidos, que consensualmente o praticaram. Aliás, há elementos indicando que a própria vítima teve a iniciativa de combinar o encontro para tal finalidade.

Com o devido respeito, não considero juridicamente defensável atribuir aos adolescentes a prática de ato análogo a estupro de vulnerável, tão somente em razão da idade da vítima, se as próprias circunstâncias do fato afastam o injusto da conduta imputada.

Além disso, as provas orais e documentais inclusas não indicam que os recorrentes detinham conhecimento acerca da idade da vítima. Na verdade, possivelmente agiram sem a necessária consciência de que estava praticando um comportamento punível, ou seja, praticaram a conduta incorrendo em erro sobre circunstância elementar do tipo penal em questão (erro de tipo), até porque os envolvidos tinham praticamente a mesma idade.

De todo modo, mesmo se soubessem a idade da vítima, é provável que tenham agido sem a necessária consciência acerca do caráter ilícito do fato típico por eles praticado, diante das nuances do caso concreto anteriormente expostas. Assim, também não está presente um dos elementos essenciais para se impor a sanção, a culpabilidade, vez que ocorre a figura do erro de proibição, que é aquele:

(...) “que recai sobre a ilicitude do fato (CP, art. 21), isto é, o agente supõe que sua conduta é permitida pelo Direito quando, na verdade, é proibida: ‘aqui o autor sabe o que faz tipicamente, mas supõe de modo errôneo que isso era permitido’” (GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, 140 p.).

Em monografia dedicada ao tema do erro de proibição e sua relação com o bem jurídico penal, Ivan Martins Motta afirma que hodiernamente há vários fatores que influenciam a ocorrência do erro de proibição, especialmente a excessiva tipificação de condutas. Confira-se:

Ferrajoli salienta que, no momento presente, assiste-se a uma profunda e crescente crise do direito, que se manifesta inclusive nos países de democracia mais avançada. Dentre as diversas manifestações dessa crise do Estado social, que se manifesta pela inflação legislativa provocada pela pressão de interesses setoriais e corporativos, a perda de generalidade e abstração das leis, a crescente produção de leis-atos, o processo de descodificação e o desenvolvimento de uma legislação fragmentária, inclusive em matéria penal, habitualmente sob o signo da emergência e da exceção. Esse complexo panorama jurídico não pôde deixar de repercutir no processo de conscientização do injusto.

Essa exacerbação legislativa em matéria penal foi bem destacada por Ulfrid Neumann, ao salientar que o atual cenário do Direito Penal é mundialmente caracterizado pela tendência à sua expansão, notadamente nos últimos anos com a assim denominada “guerra” contra o terrorismo internacional, acarretando, em consequência, criação de novos tipos penais, agravação das penas cominadas e a ampliação das atribuições de investigação dos órgãos da persecução penal. E o que é pior, essa expansão está estendendo também à criminalidade clássica, fazendo com que “o direito penal passa a ser percebido socialmente antes como grande garantidor da segurança dos cidadãos do que como ameaça aos seus direitos de liberdade”. Vive-se um momento em que o Direito Penal está ameaçado de “perder as limitações que lhe impõe o Estado de direito. É que a compreensão do direito penal exclusivamente preventiva, instrumental, conduz à máxima de que tudo o que promete segurança está permitido”.

Dentro desse contexto, assinala-se que o moderno Direito Penal se caracteriza pela referência a bens jurídicos genéricos, vagos e universais, que não são perfeitamente delimitados, claramente visíveis a todos os cidadãos e fáceis de definir e compreender como acontecia até pouco tempo atrás, quando o injusto penal se concentrava em bens jurídicos circunscritos a setores básicos da sociedade. Acrescente-se que importantes tradições do Direito Penal são frequentemente abaladas pela ingerência crescente de funcionários administrativos que decidem onde estão os limites do injusto penal, como sucede, por exemplo, no Direito Penal do meio ambiente, sujeito a frequentes autorizações provenientes do poder executivo.

Essas características do moderno Direito Penal contribuem, sem dúvida, para uma progressiva ampliação do erro sobre a ilicitude do fato. Assim, dentro do quadro

atual, a probabilidade de incidência do erro de proibição direto nas ações ou omissões que lesam ou expõem a perigo de lesão esses bens transindividuais, difusos ou coletivos, é significativamente maior, conforme se observa nos julgados infra. (Erro de proibição e bem jurídico-penal. São Paulo: RT, 2009, p. 157-158).

Cumpra assentar que a condenação só pode ser proferida quando restar atestada a certeza em relação aos fatos imputados na representação. Como tal juízo de certeza não está bem delineado no caso concreto, sobretudo em relação ao dolo dos adolescentes, impõe-se a absolvição.

A condenação não pode estar alicerçada em probabilidade, mas apenas em firme certeza. Assim, em tema de estupro, inadmissível a prolação de decreto condenatório sem lastro probatório seguro.

Anoto ainda que indícios, ainda que veementes, não bastam por si só à prolação de decreto condenatório.

A distribuição do ônus da prova, compreendido nos limites da presunção de inocência, impunha ao órgão ministerial a demonstração dos fatos afirmados na representação, o que não ocorreu a contento.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar provimento aos embargos infringentes opostos por G. do E.S.S. e P.V.M. de O., a fim de fazer prevalecer o voto minoritário proferido pelo e. Des. José Ale Ahmad Netto no apelo subjacente, que o provia o apelo para absolver os recorrentes.

Decisão contrária ao parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento aos embargos infringentes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 24 de outubro de 2018.

Seção Especial - Criminal
Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1600952-10.2017.8.12.0000
Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS FORMULADO PELO JUIZ DA 1ª VARA DE EXECUÇÃO PENAL DE CAMPO GRANDE – TRÁFICO PRIVILEGIADO – CRIME NÃO HEDIONDO – TESE FIRMADA.

Consoante entendimento do STF, que ensejou o cancelamento da Súmula nº 512, do STJ e reformulou a jurisprudência dessa Corte, o tráfico privilegiado, que nada mais é que a combinação do *caput*, do art. 33, com a redutora prevista no seu § 4º, da Lei nº 11.343/06, não se trata de crime hediondo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Especial - Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, contra o parecer, conhecer do incidente e, no mérito, votar no sentido de que seja fixada a tese jurídica de afastamento da hediondez ao crime de tráfico privilegiado, conforme precedentes do STJ e STF. Vencidos o 1º vogal (Des. Luiz Gonzaga) e o 5º vogal (Des. Geraldo).

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O juiz de direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande instaurou pedido de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) referente aos autos de Execução de Pena nº 0025824-89.2016.8.12.0001) acerca do afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, em razão da recente decisão do STF (HC Nº118.533/MS).

Alega que;

“(...) no caso da aplicação ou não do precedente criado pelo pleno do STF ao supra citado HC, temos a possibilidade de discussão a recair sobre todos os casos de condenação penal por tráfico privilegiado” (f. 45).

Pedi oportuna divulgação e apreciação da divulgação jurídica com a necessária urgência sem a suspensão dos processos por se tratarem de casos urgentes.

Foi determinada a suspensão dos presentes autos até decisão dos Autos nº 1600924-76.2016.8.12.0000, considerando que a matéria em questão é análogo aquele feito, f. 56.

No julgamento dos Autos 1600924-76.2016.8.12.0000 o relator designado, Des. José Ale Ahmad Netto, julgou o incidente prejudicado.

Os autos foram remetidos à Secretaria para trasladar cópia do acórdão dos Autos nº 1600924-76.2016.8.12.0000 para o presente feito. Após, determinado o encaminhamento dos autos à Procuradoria de Justiça para manifestação, f. 59.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou ciência do acórdão de f. 60-68.

Chamando o processo à ordem foi verificado que no Feito nº 1600924-76.2016.8.12.0000, cujos presentes autos foram apensados para análise conjunta em razão da questão de fundo idêntica, não houve menção expressa de que o referido *decisum* foi estendido aos presentes autos, razão pela qual foi determinado o desapensamento dos presentes autos do processo e encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para emissão de parecer relativo à matéria indicada, f. 74.

A Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, opinou pela perda do objeto do presente incidente.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande instaurou pedido de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) referente aos autos de Execução de Pena (nº 0025824-89.2016.8.12.0001) acerca do afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, em razão da recente decisão do STF (HC Nº118.533/MS).

Alega que:

“(...) no caso da aplicação ou não do precedente criado pelo pleno do STF ao supracitado HC, temos a possibilidade de discussão a recair sobre todos os casos de condenação penal por tráfico privilegiado” (f. 45).

Pedi oportuna divulgação e apreciação da divulgação jurídica com a necessária urgência sem a suspensão dos processos por se tratarem de casos urgentes.

Foi determinada a suspensão dos presentes autos até decisão dos Autos nº 1600924-76.2016.8.12.0000, considerando que a matéria em questão é análogo àquele feito, f. 56.

No julgamento dos Autos 1600924-76.2016.8.12.0000 o relator designado, Des. José Ale Ahmad Netto, julgou o incidente prejudicado,

Os autos foram remetidos à Secretaria para trasladar cópia do acórdão dos Autos nº 1600924-76.2016.8.12.0000 para o presente feito. Após, determinado o encaminhamento dos autos à Procuradoria de Justiça para manifestação, f. 59.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou ciência do acórdão de f. 60-68

Chamando o processo à ordem foi verificado que no Feito nº 1600924-76.2016.8.12.0000, cujos presentes autos foram apensados para análise conjunta em razão da questão de fundo idêntica, não houve menção expressa de que o referido *decisum* foi estendido aos presentes autos, razão pela qual foi determinado o desapensamento dos presentes autos do processo e encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para emissão de parecer relativo à matéria indicada, f. 74.

A Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, opinou pela perda do objeto do presente incidente.

Preliminar

Inicialmente, cumpre registrar que o art. 497, do RITJMS estabelece duas fases para o julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência. A primeira fase é sobre a sua admissibilidade e a segunda é sobre o mérito da causa.

Denota-se que o Ministério Público não se manifestou diretamente sobre a admissibilidade do incidente, manifestando-se apenas sobre o mérito da causa.

Sendo assim, considerando a presença dos requisitos do art. 497, do RITJMS, bem como o fato do *Parquet* ter implicitamente opinado pela admissibilidade do incidente já que se manifestou diretamente sobre o mérito da causa, tenho ele como admitido e passo ao julgamento do mérito.

Mérito

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) instaurado pelo juiz de direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande referente aos autos de Execução de Pena (nº 0025824-89.2016.8.12.0001) acerca do afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, em razão da recente decisão do STF (HC Nº118.533/MS).

Alega que:

“(...) no caso da aplicação ou não do precedente criado pelo pleno do STF ao supracitado HC, temos a possibilidade de discussão a recair sobre todos os casos de condenação penal por tráfico privilegiado”.

Pediu oportuna divulgação e apreciação jurídica com a necessária urgência sem a suspensão dos processos por se tratarem de casos urgentes.

A Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, opinou pela perda do objeto do presente incidente.

Preâmbulo

Por primeiro, cumpre destacar que nos autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1600924-76.2016.8.12.0000, cujo relator designado restou o Des. José Ale Ahmad Netto, por maioria, julgou prejudicado o pedido, *verbis*:

“(...) In casu, o incidente foi distribuído em 21 de julho de 2016, quando havia controvérsia entre os Tribunais Superior (STJ e STF), o que, na visão do juízo da execução penal instalou-se uma insegurança jurídica, “com enorme risco de decisões conflitantes pelo Estado e avalanche de recursos repetitivos ao TJMS”.

O douto relator está acolhendo o incidente para firmar a seguinte tese: “Consoante entendimento do STF, que ensejou o cancelamento da Súmula nº 512, do STJ e reformulou a jurisprudência dessa Corte, o tráfico privilegiado, que nada mais é que a combinação do caput, do art. 33, com a redutora prevista no seu § 4º, da Lei nº 11.343/06, não se trata de crime hediondo.”

Pois bem.

Tenho que na hipótese é o caso de se declarar a perda de objeto do incidente.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 118.533/MS, afastou a hediondez do crime de tráfico privilegiado, cujo julgamento restou assim ementado:

EMENTA – HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE – HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA – ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei nº 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico DJe-199 Divulg 16-09-2016 Public 19-09-2016).

Nessa esteira, o Colendo Superior Tribunal de Justiça em 23 de novembro de 2016, renovando e acompanhando a evolução do pensamento jurídico, revisou seu entendimento para modificar seu posicionamento anteriormente dominante, firmando a tese de que “o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) não é crime equiparado a hediondo”. Tal entendimento foi revisado pela Terceira Seção, em 23/11/2016, ao julgar a Questão de Ordem na Pet 11.796-DF, motivando o cancelamento do enunciado da Súmula 512/STJ. In verbis:

PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA – ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO – ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS – REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS – CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria “contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.” (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo excelso pretório em habeas corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).

3. **Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.** (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016). Grifei.

Consignasse, ainda que a matéria não tenha sido afetada pelo STJ em sede de recurso repetitivo, houve julgamento pela terceira seção, cuja competência abrange as duas turmas criminais da corte cidadã.

Assim, com o cancelamento da Súmula 512 e evidente mudança de jurisprudência afastando a hediondez do delito de tráfico privilegiado, tenho que não há mais a controvérsia e o risco à insegurança jurídica, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 976, § 4º, do NCPC, in verbis:

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Ademais, ambas as Seções deste Egrégio Tribunal de Justiça adotaram igual posicionamento: (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0030000-77.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 09/05/2018, p: 16/05/2018); (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0030000-77.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 09/05/2018, p: 16/05/2018); (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0005146-56.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 07/02/2018, p: 19/02/2018); (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0007475-98.2017.8.12.0002, Dourados, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 02/02/2018, p: 09/02/2018); (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0051191-91.2011.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 29/11/2017, p: 05/12/2017).

Ante o exposto, pedindo vênias ao e. relator, julgo prejudicado o presente incidente de resolução de demandas repetitivas (irdr) instaurado pelo juiz de direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.”

Em que pese o entendimento dos membros da Seção Especial Criminal penso que a matéria em análise deve retornar para julgamento para análise de mérito.

De fato, o artigo 976, § 4º, do NCPC, dispõe que “é incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

Todavia, ainda persiste o entendimento de alguns colegas de piso que não afastam o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado em execução de pena, o que acarretar o ingresso de diversos recursos de agravo em execução. A título de argumentação colhe-se o Agravo de Execução Penal nº 0005824-94.2018.8.12.0002, de relatoria do Des. José Ale Ahmad Netto, julgado em 16 de julho de 2018 pela 2ª Câmara Criminal (julgamento posterior a data do em que foi decidido o IRDR - 23/05/2018), verbis:

“EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO PRIVILEGIADO – HEDIONDEZ AFASTADA QUE DEVE REPERCUTIR NA PENA – PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES – RECURSO PROVIDO.

1 - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 118.533/MS, definiu que o tráfico privilegiado descrito no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, não é compatível com a definição de hediondez equiparada na Lei nº 8.072/90, entendimento que, embora não tenha efeito erga omnes, deve ser observado pelas instâncias ordinárias, posição essa que, da mesma forma, refletiu no entendimento do o Superior Tribunal de Justiça, o qual, em questão de ordem – Petição 11.796/DF, Tema nº 600, em

sede de recurso repetitivo, alinhou-se ao entendimento da Suprema Corte, cancelando em consequência, o enunciado da súmula nº 512.

2 - Como corolário, afastado caráter hediondo, os benefícios previstos na lei de execução penal devem ser analisados pelas diretrizes dos crimes comuns.

3 - Recurso provido, de acordo com o parecer. “

Extrai-se do relatório do supracitado acórdão:

“Trata-se de agravo em execução interposto por Marcos Rogério Rodrigues Sobrinho, contra a decisão de f. 31-34, proferida pelo mm. juiz de direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, que não afastou o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado pelo qual o réu restou condenado, indeferindo o seu pedido de elaboração de novo cálculo de pena, observando-se, quanto ao mencionado delito, as frações concernentes ao crime comum para concessão dos benefícios executórios.

Em suas razões de f. 38-49, o agravante pugnou pela reforma da decisão, afastando o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, pelo qual ele restou condenado em primeiro grau, e corrigindo o cálculo de pena elaborado nos autos, para constar a fração de 1/6 (um sexto) para fins de progressão de regime e 1/3 (um terço) para fins de livramento condicional.”

Assim, não para confrontar a decisão do plenário da Seção Especial Criminal dessa Corte, mas para, de fato, enfrentar a matéria de fundo trazida recoloco a discussão em mesa e mantenho o mesmo entendimento externado nos Autos nº 1600924-76.2016.8.12.0000.

Fundamentação do mérito

Consoante precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça, proferido sob rito dos recursos repetitivos, o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo. Veja-se:

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA – ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO – ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS – REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS – CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ. 1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria “contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.” (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016). 2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo excelso pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício **sob o rito dos recursos repetitivos** (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600). 3. **Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico***

ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.” (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016 - destaquei)

Referido entendimento tem por base decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, proferido no *Habeas Corpus* nº 118533 (j. 23.06.2016), cuja relatoria coube à Ministra Cármen Lúcia, que afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas e, por consequência, a incidência dos prazos estipulados no art. 44, parágrafo único, da lei de drogas e no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, para o livramento condicional e para a progressão de regime, respectivamente. Conquanto se trate de decisão desprovida de efeito *erga omnes* e caráter vinculante, tal precedente deve ser seguido como solução jurídica nos demais processos, por constituir a orientação fixada pela mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102), como foi reconhecido pelo próprio STJ.

Ademais, a atual jurisprudência coincide com o entendimento que sempre defendi e que momentaneamente deixei de aplicar por conta da malfadada súmula 512 do STJ, o que fazia sempre com ressalva.

Oportuno mencionar que o atual entendimento é aplicável mesmo na fase de execução, conforme decidiu o Min. Dias Toffoli em recente julgamento (24.08.2016) do HC nº 136.373/SP. Vejamos:

Embora tenha registrado voto em sentido contrário, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 118.533/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, reconheceu, em sua maioria, que o tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) não tem natureza hedionda e, por consequência, afastou a incidência dos prazos estipulados no art. 44, parágrafo único, da lei de drogas e no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, para o livramento condicional e para a progressão de regime, respectivamente. Transcrevo do Informativo/STF nº 831 o seguinte excerto relativo àquele julgamento: O crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a concessão dos referidos benefícios v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal. A Corte observou que, no caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio

*demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas. Não se poderia, portanto, cancelar-se a hediondez a essas condutas, por exemplo. Assim, a imposição de pena não deveria estar sempre tão atrelada ao grau de censura constante da cominação abstrata dos tipos penais. O juiz deveria ter a possibilidade de exame quanto à adequação da sanção imposta e o respectivo regime de cumprimento, a partir do exame das características específicas na execução de determinados fatos, cujo contexto em que praticados apresentasse variantes socialmente relevantes em relação ao juízo abstrato de censura cominada na regra geral. De outro lado, o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 mereceria crítica na medida em que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Assentou, ainda, que a etiologia do crime privilegiado seria incompatível com a natureza hedionda. Além disso, os Decretos 6.706/2008 e 7.049/2009 beneficiaram com indulto os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado, a demonstrar inclinação no sentido de que esse delito não seria hediondo. Demais disso, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não seria equiparado a hediondo. Dessa forma, afirmar que o tráfico minorado fosse considerado hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal. (grifos nossos) **Dos documentos que instruem a impetração, verifica-se, de plano, que o juízo da execução na origem afastou esse entendimento da Corte ao homologar o cálculo das penas do paciente, estando, portanto, caracterizado o constrangimento ilegal. ...Entretanto, considerando que o tema trazido à baila é objeto de jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, nos termos do que autoriza o art. 192, caput, do Regimento Interno, concedo a ordem de ofício para cassar a decisão proferida pelo juízo da execução que homologou o cálculo das penas do paciente, determinado que outra seja proferida com estrita observância do entendimento da Corte no julgamento do HC nº 118.533/MS.***

Além disso, deve ser registrado que este Tribunal de Justiça em seus julgados vem decidindo pelo afastamento da hediondez do tráfico privilegiado. Confira-se julgados da Seção Criminal:

“EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENAL PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – BENESSE NÃO RECOMENDÁVEL. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO – ADEQUAÇÃO – AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

(...)

II - Evidenciado o constrangimento ilegal pelo não afastamento da hediondez do delito tipificado no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em dissonância à orientação exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 118.533/MS, em 23/06/2016, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para afastar a natureza hedionda do respectivo crime. Inteligência do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. III Embargos infringentes rejeitados, com o parecer. Concessão de Habeas Corpus de ofício.” (TJMS - 1ª Seção Criminal - Embargos Infringentes e de Nulidade - Nº 0017789-14.2014.8.12.0001/50000 - Campo Grande - Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – J: 29/11/2017)

“EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO – ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO

DE FRONTEIRAS ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ELEMENTO VOLITIVO – SUFICIÊNCIA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME BEM SOPESADAS – CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS MAL VALORADAS – PENA REDUZIDA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 – CARÁTER HEDIONDO – AFASTAMENTO – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – IMPOSSIBILIDADE – ARTIGO 33 E §§ DO CP – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) V - O fato de ter sido reconhecido o tráfico privilegiado, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, afasta o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes.” (TJMS - 1ª Seção Criminal - Embargos Infringentes e de Nulidade - Nº 0051191-91.2011.8.12.0001/50001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - J:29/11/2017)

Ante ao exposto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do presente incidente de resolução de demandas repetitivas e encaminho voto a fim de que o presente incidente seja admitido, e, no mérito, seja fixada a tese jurídica de afastamento da hediondez ao crime de tráfico privilegiado, conforme os precedentes do STJ e STF.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º vogal)

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) instaurado pelo juiz de direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande referente aos autos de Execução de Pena nº 0025824-89.2016.8.12.0001) acerca do afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, em razão da recente decisão do STF (HC Nº118.533/MS).

Alega que:

“(...) no caso da aplicação ou não do precedente criado pelo pleno do STF ao supracitado HC, temos a possibilidade de discussão a recair sobre todos os casos de condenação penal por tráfico privilegiado”.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (f. 80-84), manifestou-se não conhecimento do IRDR pela perda de objeto.

O relator encaminhou voto do presente incidente de resolução de demandas repetitivas e encaminho voto a fim de que o presente incidente seja admitido, e, no mérito, seja fixada a tese jurídica de afastamento da hediondez ao crime de tráfico privilegiado, conforme os precedentes do STJ e STF.

Peço vênica ao relator para não conhecer do IRDR não deve ser conhecido, face a perda de objeto.

Pois bem.

Para admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas é necessária a comprovação da controvérsia sobre o tema, bem assim, a inexistência de afetação de recurso pelos Tribunais Superiores, conforme dispõe o art. 976, inc. I e § 4º do CPC/15:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

(...)

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Do mesmo modo, o regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul estabelece como condição para sua instauração, a comprovação de divergência, em seu art. 499:

Art. 499. O incidente poderá ser suscitado por qualquer juiz, ao proferir seu voto, pela parte, ao arrazoar o recurso ou em petição distinta, e por terceiro interessado.

§ 1º A instauração do incidente só poderá ser requerida antes da publicação da pauta de julgamento.

§ 2º O pedido deverá ser fundamentado e instruído com cópias autenticadas dos julgados apontados como divergentes.

Sobre o tema dos requisitos de admissibilidade do IRDR, leciona o professor Daniel Assumpção Neves:

(...) Nos termos do art. 976, caput, do Novo CPC, é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas, conhecido por IRDR, quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.” (Novo Código de Processo Civil Comentado. Podivm, 2016, p. 1594)

No presente caso, em que pesem os fundamentos elencados pelo Relator, no sentido de que “*ainda persiste o entendimento de alguns colegas de piso que não afastam o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas*”, fato é que a matéria já se encontra pacificada, razão pela qual o IRDR não deve ser conhecido, face a perda de objeto.

Explico.

A existência de isoladas decisões que contradizem a posição contida na decisão do STF (HC 118.533/MS) não se configura “*insegurança jurídica dou controvérsia sobre a questão*” de forma que o conhecimento deste incidente encontra óbice do § 4º do art. 976 do NCPC.

Com efeito, conforme é cediço, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 118.533/MS, há tempos já afastou a hediondez do crime de tráfico privilegiado, cujo julgamento restou assim ementado:

“EMENTA – HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO – INVIABILIDADE – HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA – ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminoso. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei nº 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico DJe-199 Divulg 16-09-2016 Public 19-09-2016).

Seguindo a mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça em 23/11/2016, também já modificou posicionamento anteriormente dominante, firmando a tese de que “*o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) não é crime equiparado a hediondo*”. O entendimento foi revisado pela Terceira Seção, em 23/11/2016, ao julgar a Questão de Ordem na Pet 11.796-DF, fato que, inclusive, já resultou no cancelamento do enunciado da Súmula 512/STJ.

Assim, a existência eventuais e isoladas decisões divergentes acerca do tema, proferidas logo após a pacificação jurisprudência, diante da reluzente mudança que afastou a hediondez do delito de tráfico privilegiado, não pode ser tida como indefinição ou controvérsia acerca desta questão.

Isto porque, conquanto se trate a referida decisão desprovida de efeito *erga omnes* e caráter vinculante, a orientação fixada pela mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro passou a ser seguida como solução jurídica por esta e. Corte.

Nessa linha, comungo do entendimento apresentado no acórdão do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1600924-76.2016.8.12.0000, instaurado nesse e. Tribunal de Justiça, cujo voto foi da lavra do Des. José Ale Ahmad Netto, no sentido de que:

“(...) Com o cancelamento da Súmula 512 e evidente mudança de jurisprudência afastando a hediondez do delito de tráfico privilegiado, tenho que não há mais a controvérsia e o risco à insegurança jurídica,... “

Nessa perspectiva, o reconhecimento da perda do objeto deste incidente é medida impositiva, tendo em vista que a tese relativa à “*hediondez do crime de tráfico de drogas, quando incidente a minorante do art. 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06*”, não mais suscita controvérsia ou risco à segurança jurídica no âmbito desta e. Corte, ainda que haja posicionamento diverso, sem reflexo na orientação do STF.

Ante o exposto, pedindo vênias ao e. relator, julgo prejudicado o presente Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) instaurado pelo juiz de direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande/MS, nos termos do art. 976, § 4.º, do NCPC, pela ausência de divergência capaz de gerar insegurança jurídica e descompasso com a jurisprudência do STF.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (5º vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (6º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Emerson Cafure. (7º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (8º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, conheceram do incidente e, no mérito, votaram no sentido de que seja fixada a tese jurídica de afastamento da hediondez ao crime de tráfico privilegiado, conforme precedentes do STJ e STF. Vencidos o 1º vogal (Des. Luiz Gonzaga) e o 5º vogal (Des. Geraldo).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Jonas Hass Silva Júnior, Des. Emerson Cafure e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 28 de novembro de 2018.

3ª Câmara Criminal**Apelação nº 0000170-85.2017.8.12.0027 - Batayporã****Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INCÊNDIO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA DANO – INADMISSIBILIDADE – PENA-BASE PRESERVADA – REDUÇÃO DA PENA DE MULTA – CABÍVEL – PRETENDIDA PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO SOBRE A AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, “F” DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO.

Restou comprovada a prática do delito de incêndio pela confissão do réu na fase judicial, bem como pelos depoimentos prestados pela vítima. O recorrente ateou fogo, dolosamente, na casa em que residia com a ofendida por não aceitar o fim do relacionamento. Verificado, portanto, que expôs um grave risco à vítima e aos vizinhos, não apenas quanto à vida ou integridade física, mas também aos seus patrimônios. Restou devidamente comprovados os danos concretos produzidos, mediante uma ação consciente e voluntária do apelante. A conduta se amolda a tipificada no art. 250, § 1º, II, do Código Penal, sendo incabível a desclassificação para o crime de dano.

A pena-base deve ser mantida, pois fundamentada de maneira idônea. Da fundamentação da sentença, analisadas as especificidades do caso concreto, sopesados os elementos que tornam razoável e proporcional o aumento da pena-base ao patamar estipulado, observando a discricionariedade vinculada do julgador, não se identifica “*os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento*” (NUCCI. Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2010). Pena-base inalterada.

Nos termos do art. 49, do Código Penal, a pena de multa deve ser fixada na sentença, sendo o valor mínimo de 10 (dez) dias-multa e o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Por outro lado, deve-se observar a proporcionalidade entre a pena de multa e a pena privativa de liberdade. Logo, assiste razão à defesa, devendo a pena de multa ser reduzida, conforme a pena.

Segundo entendimento do STJ, a agravante do crime ter sido praticado com violência contra a mulher e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, devendo portanto, serem compensadas.

Cabível a aplicação de regime semiaberto, dada a quantidade da pena, estar em consonância com o art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal. Apesar de existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, o apelante é primário.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a quantidade de dias-multa e alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator (Juiz Waldir Marques) vencido parcialmente o Revisor (Des. Bonassini).

Campo Grande, 18 de outubro de 2018.

Juiz Waldir Marques (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por José Willian Tomaello Lima, em face da sentença de f. 360-367, que o condenou como incurso no art. 250, § 1º, II, do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado.

Narra a denúncia:

“(…)

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 17 de dezembro de 2017, por volta das 15h, na Rua Antonio Spinosa Mustafa, nº 1635, em Batayporã, o denunciando José Willian Tomaello Lima, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, causou incêndio, em casa habitada, expondo a perigo o patrimônio de sua convivente Claudenice da Silva Tomaello.

Segundo restou apurado, na manhã dos fatos, o acusado havia sido conduzido à delegacia de polícia em razão da prática das infrações penais de ameaça e vias de fato contra sua ex-convivente Claudenice da Silva Tomaello, porque havia se exaltado com ela em razão da decisão desta de rompimento do relacionamento.

Após sua liberação, em retaliação ao rompimento do relacionamento, o denunciado se dirigiu ao imóvel e ameaçou a vítima de danificar todos os objetos, aduzindo que “se ele não fosse ficar com a casa, ela também não ficaria”.

Por fim, por volta das 15h, aproveitando-se que a vítima havia saído, ateou fogo à residência, destruindo completamente o imóvel e todos os objetos que a guarneciam.

(…)”

Em razões recursais, às f. 388-403, o apelante requer a desclassificação do delito de incêndio para o de dano, previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal; a fixação da pena-base no mínimo legal; o reconhecimento da preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da violência doméstica; a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para outro mais brando, a redução da pena pecuniária e, por fim, a revogação da prisão preventiva. Apresentou prequestionamento.

Em contrarrazões, às f. 412-430, o Ministério Público manifestou-se pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral Justiça, às f. 440-456, no mesmo sentido. Apresentou prequestionamento.

VOTO (EM 18/10/2018)

O Sr. Juiz Waldir Marques (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por José Willian Tomaello Lima, em face da sentença de f. 360-367, que o condenou como incurso no art. 250, § 1º, II, do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado.

Narra a denúncia:

“(…)

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 17 de dezembro de 2017, por volta das 15h, na Rua Antonio Spinosa Mustafa, nº 1635, em Batayporã, o denunciando José Willian Tomaello Lima, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, causou incêndio, em casa habitada, expondo a perigo o patrimônio de sua convivente Claudenice da Silva Tomaello.

Segundo restou apurado, na manhã dos fatos, o acusado havia sido conduzido à delegacia de polícia em razão da prática das infrações penais de ameaça e vias de fato contra sua ex-convivente Claudenice da Silva Tomaello, porque havia se exaltado com ela em razão da decisão desta de rompimento do relacionamento.

Após sua liberação, em retaliação ao rompimento do relacionamento, o denunciado se dirigiu ao imóvel e ameaçou a vítima de danificar todos os objetos, aduzindo que “se ele não fosse ficar com a casa, ela também não ficaria”.

Por fim, por volta das 15h, aproveitando-se que a vítima havia saído, ateou fogo à residência, destruindo completamente o imóvel e todos os objetos que a guarneciam.

(…)”

Em razões recursais, às f. 388-403, o apelante requer a desclassificação do delito de incêndio para o de dano, previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal; a fixação da pena-base no mínimo legal; o reconhecimento da preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da violência doméstica; a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para outro mais brando, a redução da pena pecuniária e, por fim, a revogação da prisão preventiva. Apresentou prequestionamento.

Desclassificação do delito de incêndio para dano

Pretende o apelante, a desclassificação do crime de incêndio para o de dano, sob o argumento de que:

“(…) eventual exposição de risco à integridade física ou patrimônio alheios consiste em resultado que adveio à título de culpa, e não dolo eventual como consignado pelo juízo a quo. Assim, não configura o crime descrito no artigo 250 do Código Penal, que exige o dolo de todos os elementos objetivos do tipo, incluído a exposição de perigo à integridade física e patrimônio alheios, devendo ser reformada a respeitável sentença para desclassificar para o crime de dano.” (f. 392).

Em que pese os argumentos apresentados pela defesa, o pleito não comporta acolhimento, pois, ao contrário do alegado, as provas trazidas aos autos são suficientes para ensejar a condenação imposta ao apelante pelo delito de incêndio.

A materialidade do delito restou sobejamente comprovada pelos boletins de ocorrência (f. 12-15), laudos periciais (f. 221-234) e depoimentos.

A autoria, por sua vez, é inconteste uma vez que, o réu confessou a prática delitiva na fase judicial e a prova carreada aos autos é uníssona em apontar o apelante como autor do delito descrito na inicial.

Em seu depoimento na fase policial, a vítima narrou:

“(…)

que, então foi para sua casa e momentos depois José Willian Tomaello Lima depois de prestar os esclarecimentos foi liberado e apareceu na frente da sua casa novamente e argumentou dizendo que não teria lugar para ir; que se não pudesse ficar ali iria ficar na rua igual um mendigo; que, a declarante disse que não queria nem saber pra onde ele iria, só não queria ele na sua casa; que, então ele disse que iria quebrar a casa toda, opis se ele não teria onde ficar a declarante também não iria ter; que, depois o José Willian Tomaello Lima disse que aceitaria não morar na casa da declarante e que iria embora da cidade, mas precisava de dinheiro para pegar o ônibus; que, a declarante, então, lhe deu R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos) para ele pegar o ônibus e ir embora da cidade; que, ele pegou o dinheiro e a declarante ficou olhando ele andando pela rua no sentido da rodoviária, até que sumiu de vista; que, a declarante foi para a casa de sua irmã, Adriana da Silva Tomaello, com seus dois filhos e após chegar sua irmão já recebeu uma ligação de uma conhecida dizendo que a casa da declarante estava pegando fogo; que, a declarante foi correndo para sua casa e viu o corpo de bombeiros e o caminhão pipa apagando o fogo, sendo que a casa queimou inteira com todos os móveis dentro e que a casa é alugada; que, a declarante tem quase certeza que foi José Willian Tomaello Lima quem ateou fogo em sua residência; que, a declarante reafirma que só deixou ele morar em sua casa porque estava com dó e porque ele é seu parente, sendo que não parecia ser tão perigoso, seu único problema é com drogas (...)” (f. 17)

Em declaração complementar, à f. 30, a ofendida relatou:

“(…) que, nessa ocasião o José Willian Tomaello mandou um áudio via Whatsapp e disse estar arrependido do que fez, ou seja, de ter ateado fogo na casa da declarante, e disse, ainda, que irá ressarcir todos os danos que causou; que, a declarante fornece, na data de hoje, dia 11/01/2017, o citado áudio via whatsapp para ser enviado para perícia, e ainda fornece dois “prints” desse conversa (...)”

Em juízo, confirmou seu depoimento prestado perante a autoridade policial (arquivo audiovisual).

Não bastasse a confissão do apelante na fase judicial, os depoimentos prestados pela vítima (f. 17, 30 e arquivo audiovisual), confirmam que o recorrente ateou fogo, dolosamente, na casa em que residia com a ofendida por não aceitar o fim do relacionamento.

Verificado, portanto, que o réu expôs um grave risco à ofendida e aos vizinhos, não apenas quanto à vida ou integridade física, mas também aos seus patrimônios.

A propósito, ao responder o quesito 7.4 do laudo pericial, a perita reconheceu o perigo provocado pelo apelante, *verbis*:

“7.4 – Quanto ao perigo que o incêndio resultou à vida ou ao patrimônio.

Tendo avaliado a extensão do incêndio em que toda a residência foi afetada, com destruição por completo de todo o imóvel, teto, paredes, de móveis e objetos diversos, não foi possível a perita estimar o valor em espécie do prejuízo, dada às avarias e descaracterização total do local ocasionado pela ação do fogo.

Considerando-se que o incêndio destruiu móveis, telhados e outros objetos atingindo todo imóvel, aponta perita relatora que o incêndio citado acima, expôs o patrimônio alheio a perigo, haja vista que havia outros imóveis próximos ao local e que poderiam terem sido atingidos e consequentemente expondo vidas ao perigo.” (f. 234)

Assim, restaram devidamente comprovados os danos concretos produzidos, mediante uma ação consciente e voluntária do apelante ao atear fogo no imóvel de sua ex-esposa.

Conforme exposto, a conduta se amolda a tipificada no art. 250, § 1º, II, do Código Penal, sendo incabível a desclassificação para o crime de dano.

Pena-base

Ao fixar a pena-base o sentenciante consignou:

“(…)

1 - Culpabilidade: deve ser valorada em grau médio, pois restou demonstrado que o réu premeditou o crime. Ao sair da residência o acusado foi providenciar o artifício pelo qual se valeria para cometer o incêndio, o qual certamente camuflou dentro da mochila que estava em mãos.

2 - Antecedentes: o réu possui sentença condenatória transitada em julgado em seu desfavor que não gera efeito para fins de reincidência, porém atribui ao acusado maus antecedentes, portanto considero tal circunstância como negativa.

3 - Conduta Social: não há elementos, devendo por tal motivo ser considerada neutra.

4 - Personalidade: ante os elementos coligidos no feito, impossível valorar um juízo quanto a personalidade do acusado razão pela qual mantenho a presente circunstância como neutra;

5 - Motivos do Crime: no que atine aos motivos, esses devem ser considerados, porquanto segundo consta dos autos o réu praticou o crime porque a vítima não quis acolhê-lo novamente em sua casa após ele ameaçá-la, agredi-la e ela pleitear medidas protetivas.

6 - Circunstâncias do Crime: as circunstâncias não se sobressaíram àquelas esperadas para os delitos desta jaez.

7 - Consequências do Crime: as consequências do crime também devem ser consideradas como fato negativo, pois a vítima e seus filhos perderam todos seus pertences, vez que não foi possível recuperar nenhum bem da residência.

8 - Comportamento da Vítima: a vítima em nada contribuiu para a prática do crime, tendo que ser considerada como neutra.

À vista de tais circunstâncias, fixo a pena-base em 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão 100 (cem) dias-multa à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, devidamente corrigido, considerando as condições financeiras do réu.”

O apelante postula pela redução da pena-base ao mínimo legal.

Entrementes, sem razão.

Da fundamentação da sentença, analisadas as especificidades do caso concreto, sopesados os elementos que tornam razoável e proporcional o aumento da pena-base ao patamar estipulado, observando a discricionariedade vinculada do julgador, não se identificam “os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento” (Nucci. Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2010).

Assim, não há reparo a ser feito, uma vez que as circunstâncias judiciais foram acertadamente analisadas.

Todavia, a fixação da pena de multa em 100 (cem) dias-multa, mostra-se exacerbada.

Nos termos do art. 49, do Código Penal, a pena de multa deve ser fixada na sentença, sendo o valor mínimo de 10 (dez) dias-multa e o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Por outro lado, deve-se observar a proporcionalidade entre a pena de multa e a pena privativa de liberdade.

Na hipótese, a pena-base foi fixada em 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, ou seja, 10 meses acima do mínimo legal.

Logo, assiste razão à defesa, devendo a pena de multa ser reduzida, conforme a pena corpórea, para 15 (quinze) dias-multa.

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado:

“APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO – CONCURSO DE PESSOAS E USO DE ARMA (FACA) – RECURSO DA DEFESA – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – INOCORRÊNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA – PENA BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUANTO A UM DOS RÉUS – FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – PENA DE MULTA. DESPROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Se a condenação encontra-se amparada em robustos elementos de prova contidos nos autos, inexistindo dúvidas acerca da efetiva participação dos apelantes no delito de roubo circunstanciado, a manutenção da condenação é medida de rigor. 2. Não há ilegalidade na fixação da pena base acima do mínimo legal quando presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente se a elevação da sanção foi feita em harmonia com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. Se a fixação da pena de multa releva-se desproporcional à pena privativa de liberdade, deve ser acolhido o pleito de redução de tal sanção. 6. Recurso parcialmente provido. Decisão por maioria de votos.” (Apelação 315600-90000677-25.2012.8.17.0660, Rel. Antônio Carlos Alves da Silva, 2ª Câmara Criminal, julgado em 30/09/2014, DJe 31/10/2014)

Da preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante prevista no art. 61, inciso II, “f”, do CP.

A pretensão não comporta provimento, pois segundo entendimento do STJ, a agravante do crime ter sido praticado com violência contra a mulher e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, *in verbis*:

“PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO – SÚMULA 545/STJ – INCIDÊNCIA DA ATENUANTE – COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DO ART. 61, II, F, DO CÓDIGO PENAL – POSSIBILIDADE – WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Nos termos da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. Precedentes. 3. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência”. Tal conclusão, por certo, deve ser igualmente aplicada à hipótese dos autos, por se tratarem de circunstâncias igualmente preponderantes, que versam sobre os motivos determinantes do crime e a personalidade do réu, conforme a dicção do art. 67 do CP. 4. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena a 14 anos de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.” (STJ - HC: 408668 SP 2017/0175503-3, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 12/09/2017, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 21/09/2017)

No mesmo norte, colaciono julgados desta Corte:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AMEAÇA – PRETENSÃO ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO CRIME – INOCORRÊNCIA – CONFISSÃO ALIADA À PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRETENDIDA COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, “F” DO CÓDIGO PENAL – POSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A autoria e materialidade do delito foram expressamente confirmadas, lastreadas na confissão e outras provas dos autos, inviabilizando a pretendida absolvição. Mantida a condenação, a pretensão compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante do artigo 61, II, “f” do Código Penal, por serem ambas preponderantes para a decisão, deve ser acatada, condenando-se o réu a pena total de 01 (um) mês de detenção, em regime aberto. O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito. Com o parecer, recurso conhecido e parcialmente provido. (TJMS. Apelação nº 0000302-79.2015.8.12.0006, Camapuã, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 02/05/2017, p: 08/05/2017)

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DO RÉU – CRIME DE AMEAÇA – PRINCÍPIO DA BAGATELA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – INAPLICÁVEL –

ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA – RECONHECIDA – COMPENSAÇÃO DEVIDA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – GRAVE AMEAÇA – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE DISPOSITIVOS – COM O PARECER MINISTERIAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Em caso de violência doméstica contra mulher, em que a vítima sofre ameaça, inviável a aplicação do princípio da bagatela. É devido o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea quando o acusado, tanto na fase policial, como em juízo, confessou a autoria delitiva, especialmente quando tal cenário é tido como preponderante para a prolação da sentença condenatória. Verificada a atenuante de confissão espontânea e a agravante do artigo 61, II, 'f', do Código Penal, é devida a compensação entre elas, seguindo inalterada a pena intermediária. Não substituem as penas privativas de liberdade por restritiva de direito nas situações em que o delito é praticado mediante violência ou grave ameaça. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. Com o parecer, recurso conhecido e parcialmente provido.” (TJMS. Apelação nº 0000390-62.2013.8.12.0047, Terenos, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 22/06/2017, p: 23/06/2017)

Readequação da pena

A pena corpórea, fixada em 05 (cinco) anos e 01 (um) mês de reclusão, não sofreu alteração.

A pena de multa foi reduzida na primeira fase da dosimetria para 15 (quinze) dias-multa. Na segunda fase, compensada a agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal e a atenuante da confissão espontânea, foi mantida no mesmo patamar. Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no art. 250, § 1º, inciso II, alínea a do Código Penal, a pena foi aumentada em 1/3, restando definitiva em 20 (vinte) dias-multa.

Dessa forma, a pena do apelante fica em 05 (cinco) anos e 01 (um) mês de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Regime

Entendo cabível a aplicação de regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, pois a quantidade da pena (05 anos e 01 mês de reclusão e pagamento de 20 dias-multa), está em consonância com o art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

Apesar de existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, o apelante é primário, desta forma a aplicação de regime mais brando se mostra justo e suficiente para prevenção e reprovação do delito.

No entanto, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o réu não preenche os requisitos do artigo 44, do Código Penal.

Quanto ao prequestionamento suscitado, inexistente violação ou negativa de vigência.

Dispositivo

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a quantidade de dias-multa e alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Revisor)

Peço vênia para divergir do eminente Relator apenas no que toca ao regime inicial para o cumprimento da pena.

A sentença fixou o regime fechado e o voto condutor abranda para o semiaberto.

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2º e 3º com o 59, ambos do Código Penal.

Neste caso, em que a pena é inferior a 08 anos de reclusão e não há reincidência, poder-se-ia estabelecer o semiaberto, nos termos do § 2º, letra “b”, do artigo 33. Entretanto, valorou-se negativamente 04 (quatro) circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, motivos e consequências do crime), hipótese em que se deve estabelecer regime mais gravoso.

É o que ensina Cezar Roberto Bitencourt, Código Penal Comentado, 9. ed. Editora Saraiva, 2015, p. 227, ao dizer que:

“(...) reclusão, acima de 4 anos, tanto pode começar no regime semiaberto como no fechado, mas nunca no aberto. Aqui, para os não reincidentes, com pena superior a 4 anos, os requisitos ou elementos do art. 59 é que determinarão se será suficiente o regime semiaberto ou se terá de ser o fechado”.

Assim, diante do juízo negativo da referida circunstância, estabelecer regime prisional mais brando que o fechado desatenderia ao fator retributivo da pena.

Portanto, a presença de uma circunstância judicial negativa, com penas nos patamares aqui fixados, justifica o início do cumprimento no regime fechado, imposto pela sentença.

Desta forma, de acordo com o parecer e em parte com o relator, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria deram parcial provimento, nos termos do voto do relator (Juiz Waldir Marques) vencido parcialmente o revisor (Des. Bonassini).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 18 de outubro de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0026521-47.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – ACOLHIMENTO – APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – PROVIDO.

Incabível a substituição por restritiva de direitos por se tratar de contravenção penal praticada em situação de violência doméstica com violência, nos termos da Súmula 588, do STJ. Tem o acusado direito público subjetivo à suspensão da pena, nos termos do art. 77 e incisos, do Código Penal, de forma que concedo ao réu o benefício da suspensão da pena pelo prazo de 02 (dois) anos, em razão de estarem devidamente satisfeitos todos os requisitos para concessão do *sursis*. As condições serão estabelecidas pelo juiz da execução penal.

Com o parecer, dou provimento ao recurso e revogo o benefício da substituição da pena corpórea por restritiva de direitos, concedendo a suspensão condicional da pena, cujas condições devem ser estabelecidas pelo juiz da execução penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento.

Campo Grande, 18 de outubro de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual objetivando a reforma da sentença de f. 133-135, que julgou procedente a denúncia e condenou P.C. dos R. pela contravenção penal prevista no artigo 21, do Decreto Lei nº 3.688/41, à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por uma de restritiva de direitos, consistente na limitação de final de semana.

Nas razões recursais de f. 141-146, requer seja afastada a substituição da pena privativa de liberdade. Ao final, apresentou questionamento.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 149-154), pugnando pelo conhecimento e o desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria de Justiça (f. 167-170) pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual objetivando a reforma da sentença de f. 133-135, que julgou procedente a denúncia e condenou P.C. dos R. pela contravenção penal prevista no artigo 21, do Decreto Lei nº 3.688/41, à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por uma de restritiva de direitos, consistente na limitação de final de semana.

Nas razões recursais de f. 141-146, requer seja afastada a substituição da pena privativa de liberdade. Ao final, apresentou prequestionamento.

Passo a analisar.

Caracteriza-se “vias de fato” por toda agressão física, de menor potencial ofensivo, perpetrada contra a pessoa, que não seja capaz de constituir lesão corporal.

Guilherme de Souza Nucci, citando Marcelo Jardim Linhares, assevera que:

“(...) Conceituam-se como vias de fato como a briga ou a luta quando dela não resulta crime; como a violência empregada contra a pessoa, de que não decorre ofensa à sua integridade física. Em síntese, vias de fato são a prática de perigo menor; atos de provocação exercitados materialmente sobre a pessoa, ou contra a pessoa. Assim, empurrá-la sem razão, sacudi-la, rasgar-lhe a roupa, agredi-la a tapas, socos ou pontapés, arrebatá-lhe qualquer objeto das mãos ou arrancar-lhe alguma peça do vestuário, puxar-lhe os cabelos, molestá-la (...)”¹.

O objeto jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é a incolumidade do ser humano, a qual pode ser violada mediante a realização de qualquer uma das condutas descritas, a título exemplificativo, na doutrina supratranscrita.

Por se tratar a contravenção penal de vias de fato, que não deixa vestígios, desnecessária a realização de exame de corpo de delito, sendo a palavra da vítima suficiente para comprovar a materialidade delitiva.

Em relação ao delito em que houver violência é inadmissível a referida substituição, pois há óbice previsto no art. 44, I, do Código Penal que dispõe:

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.”

No tocante à contravenção penal de vias de fato é incabível no caso, a teor do disposto na Súmula 588, do Superior Tribunal de Justiça:

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.129 g.n.

“A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.”

Colaciono os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – NÃO CABIMENTO – JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO COMBATEU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 182/STJ – AGRAVO IMPROVIDO. 1. Restado comprovado nos autos a prática da contravenção penal inscrita no art. 21 do Decreto-Lei 3.688/41 por ter o ora agravante agredido sua ex-companheira com chutes, empurrões, puxão de cabelo e tapas, no âmbito das relações domésticas, inviável torna-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que, à luz da sólida jurisprudência desta Corte Superior, o inciso I do art. 44 do Código Penal exige para tanto que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, requisito que alcança a contravenção penal em questão. 2. É inviável o agravo que deixa de atacar, especificamente, fundamento autônomo da decisão agravada. Incidência, por analogia, da Súmula 182/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1567087/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)

PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI MARIA DA PENHA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 588/STJ – WRIT NÃO CONHECIDO. (...) Malgrado a Lei nº 11.340/2006 não vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, obstando apenas a imposição de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o art. 44, I, do Código Penal proíbe a conversão da pena corporal em restritiva de direitos quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. 3. O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido, em casos de crimes praticados contra a mulher em âmbito doméstico, a inviabilidade da substituição da pena, tendo em vista que, não obstante a sanção imposta ao acusado seja inferior a 4 anos, o delito foi cometido com grave ameaça à pessoa, o que impede a obtenção da benesse, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal. 4. Conforme o entendimento da Súmula 588/STJ, “a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”. 5. Writ não conhecido. (HC 424.297/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 16/02/2018)

Tem o acusado direito público subjetivo à suspensão da pena, nos termos do art. 77 e incisos, do Código Penal, de forma que concedo ao réu o benefício da suspensão da pena pelo prazo de 02 (dois) anos, em razão de estarem devidamente satisfeitos todos os requisitos para concessão do *sursis*. As condições serão estabelecidas pelo juiz da execução penal.

Com o parecer, dou provimento ao recurso e revogo o benefício da substituição da pena corpórea por restritiva de direitos, concedendo a suspensão condicional da pena, cujas condições devem ser estabelecidas pelo juiz da execução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 18 de outubro de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0011790-80.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – LEGÍTIMA DEFESA NÃO COMPROVADA – RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA ALTERADO PARA O ABERTO – PARCIAL PROVIMENTO.

A finalidade da causa excludente de ilicitude da legítima defesa é resguardar a integridade física do ofendido, que está na iminência de sofrer agressão injusta, utilizando os recursos disponíveis, de forma moderada para cessar a ação danosa, que recai sobre ele no momento. Todavia, os fatos delineados no presente caso não conduz a esse entendimento. Não ficou comprovado que a apelante usou moderadamente os meios necessários, pois embora tenha desferido um único golpe de faca contra a vítima, o fez em seu peito. Há de se ressaltar também que, como consignado nos depoimentos colhidos durante a instrução, as agressões eram frequentes e recíprocas, inexistindo elementos concretos a amparar a referida excludente.

A inexistência de comprovação de que a agressão foi perpetrada sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, impede o reconhecimento da minorante prevista no do art. 129, § 4º, do Código Penal.

Deve ser respeitada a discricionariedade atribuída pelo art. 59, do CP, ao julgador monocrático, contudo devem estar amparadas em dados concretos da conduta do agente em relação à prática criminosa em julgamento. De igual sorte, os fundamentos devem estar identificados simetricamente ao significado de cada uma das moduladoras. No caso, a circunstância judicial das circunstâncias do crime não foi fundamentada concretamente e deve ser afastada.

Embora a ré faça jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, tendo em vista que confessou a prática do delito tanto na fase policial, quanto em juízo, não haverá aproveitamento em face do óbice da Súmula 231, do STJ. Na segunda fase, as atenuantes não devem causar impacto no apenamento de forma a reduzi-lo aquém do mínimo legal, pois afronta o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica.

Tendo em vista a redução do apenamento, bem como as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da ré, o regime inicial deve ser alterado para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, do CP.

Em parte com o parecer. Recurso parcialmente provido, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, restando a reprimenda fixada em 04 anos de reclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por Gonçalves Rodrigues Canavarro, em face da sentença de f. 422-427, que a condenou pela prática do delito previsto no art. 129, § 3º, do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Narra a denúncia:

“(…)

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 16 de fevereiro de 2014, por volta das 23h10min, na Rua Evaristo Roberto Ferreira, nº 121, quadra 05, lote 12, nos fundos de um Bar e Mercadoria, no Bairro Jardim Campo Nobre, nesta capital, a denunciada Gonçalves Rodrigues Canavarro, impelida por animus necandi e se utilizando de instrumento perfuro-cortante (faca), desferiu golpe na vítima José Milton Maciel, causando-lhe a morte.

Segundo apurado, a denunciada Gonçalves Rodrigues convivia maritalmente com a vítima José Milton Maciel, possuindo uma relação conturbada, sendo corriqueiros os atritos conjugais.

Assim, de acordo com as investigações, momentos antes da conduta homicida, a denunciada e a vítima ingeriam bebidas alcoólicas em um estabelecimento comercial, quando passaram a discutir e retornaram para casa.

Na sequência, já na residência do casal, a discussão se intensificou e, a denunciada, utilizando uma faca, desferiu golpe no hipocôndrio esquerdo da vítima (região acima da cintura, mas abaixo do tórax), que veio a óbito no local. (...)”

Em razões recursais, às f. 456-473, a defesa pleiteia a absolvição, alegando a existência de excludente de ilicitude legítima defesa. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da lesão corporal privilegiada; a redução da pena-base ao mínimo legal e, por fim, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a isenção das custas processuais. Apresentou prequestionamento.

Em contrarrazões, às f. 478-491, o Ministério Público pugna pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 498-511, no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por Gonçalves Rodrigues Canavarro, em face da sentença de f. 422-427, que a condenou pela prática do delito previsto no art. 129, § 3º, do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Narra a denúncia:

“(…)

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 16 de fevereiro de 2014, por volta das 23h10min, na Rua Evaristo Roberto Ferreira, nº 121, quadra 05, lote 12, nos fundos de um Bar e Mercaria, no Bairro Jardim Campo Nobre, nesta capital, a denunciada Gonçalves Rodrigues Canavarro, impelida por animus necandi e se utilizando de instrumento perfuro-cortante (faca), desferiu golpe na vítima José Milton Maciel, causando-lhe a morte.

Segundo apurado, a denunciada Gonçalves Rodrigues convivia maritalmente com a vítima José Milton Maciel, possuindo uma relação conturbada, sendo corriqueiros os atritos conjugais.

Assim, de acordo com as investigações, momentos antes da conduta homicida, a denunciada e a vítima ingeriam bebidas alcoólicas em um estabelecimento comercial, quando passaram a discutir e retornaram para casa.

Na sequência, já na residência do casal, a discussão se intensificou e, a denunciada, utilizando uma faca, desferiu golpe no hipocôndrio esquerdo da vítima (região acima da cintura, mas abaixo do tórax), que veio a óbito no local. (...)”

Em razões recursais, às f. 456-473, a defesa pleiteia a absolvição, alegando a existência de excludente de ilicitude legítima defesa. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da lesão corporal privilegiada; a redução da pena-base ao mínimo legal e, por fim, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a isenção das custas processuais.

Do pleito absolutório

A defesa pugna pela absolvição da ré, argumentando que ela agiu em legítima defesa.

Ao ser ouvida na delegacia, a apelante relatou:

“(…)

que, por algumas ocasiões José Milton lhe agrediu fisicamente e, inclusive, a ameaçou de morte, contudo a interroganda não chegou a registrar boletim de ocorrência; que, tais fatos se davam quando José Milton ingeria bebida alcoólica e ficava uma pessoa agressiva, e não tinha motivos para brigar ou agredir a interroganda; que, a interroganda não chegava necessariamente a ter medo de José Milton, mas acredita que ele pudesse lhe fazer mal injusto e grave, em razão de se tornar uma pessoa agressiva e descontrolada quando ingeria bebida alcoólica; que, na data dos fatos, 16/02/2014, já à noite, quando retornava da casa de sua filha, juntamente com José Milton, pararam no Bar de um conhecido deste, onde ingeriram cerca de seis ou sete cervejas em garrafa e, naquele local, não houve nada de mais grave, apenas uma discussão entre a interroganda e seu esposo pelo fato da mesma insistir com ele par ir embora, pois tinha que acordar cedo no dia seguinte para trabalhar, enquanto que José Milton insistia em permanecer um pouco mais naquele bar; que, José Milton acabou atendendo a vontade da interroganda e juntos, no veículo corsa, de cor prata, rumaram para casa, mas José Milton deixava claro seu descontentamento, já que queria ficar um pouco mais e, em razão disso, passaram a

discutir ainda dentro do veículo; que, antes de adentrarem na residência, seu esposo parou o veículo próximo ao local de entrada e agrediu a interroganda com socos na cabeça e nas costas e, inclusive, uma mordida no antebraço esquerdo; que, a interroganda disse que iria se separar de José Milton e queria ir embora para a casa de sua filha; que, José Milton disse que se a interroganda assim agisse, ele iria atrás com intuito de deixar o lar, José Milton a agrediu novamente com socos na cabeça e ficou na frente da porta tentando impedir que saísse; que, a interroganda com a finalidade de se defender, em um gesto rápido, apossou-se de uma faca que estavam em cima da mesa e, ato contínuo, seu esposo José Milton veio para cima da interroganda e acabou se ferindo com a faca que estava na mão da interroganda, dando alguns passos para os fundos do imóvel e logo caiu ao solo; que, a interroganda não viu onde seu esposo foi atingido; que, a interroganda alega que não efetuou um golpe contra José Milton, mas que ele se feriu com a faca quando veio ao encontro da interroganda; que, a interroganda imediatamente chamou por sua vizinha Jheneffer, que salvo engano é neta/enteada de José Milton, solicitando a esta que ligasse para o Samu e Corpo de Bombeiros; que, enquanto isso a interroganda ainda ligou para José Hosano, irmão de José Milton, comunicando o ocorrido; que, antes disso a interroganda chegou a ir na casa de um vizinho de nome Delei, o qual sabe dirigir veículo, com a finalidade que este prestasse socorro a José Milton: que, Delei chegou a ir na casa da interroganda e, quando foi constatado que José Milton ainda estava em vida, mas decidiu-se que não iriam removê-lo naquele instante, pois iriam aguardar a chegada do Corpo de Bombeiros ou do Samu que já tinham sido acionados; que, logo começou a ocorrer um ajuntamento de pessoas no local e a interroganda com medo e apavorada se evadindo do local (...)” (f. 17-18)

O Sr. José Hosano dos Anjos Maciel, irmão da vítima, narrou na fase policial:

“(...) que, no dia 16/02/2013, por volta das 23h30min, recebeu uma ligação de sua cunhada Gonçalves Rodrigues Canavarro, desesperada, dizendo que havia brigado com o irmão do declarante e para se defender havia ferido o mesmo com uma faca; que, imediatamente o declarante se deslocou até a residência de seu irmão, localizada na Rua Evaristo Roberto Ferreira, 121, no bairro Campo Nobre, e ressalta que o mesmo residia neste local sozinho e às vezes Gonçalves também dormia no local, porém até onde tinha conhecimento, ambos não residiam sob o mesmo teto, sendo que Gonçalves residia em outro bairro na casa de uma filha; que, o declarante afirma que José Milton e Gonçalves foram casados por seis meses, isso no ano de 2013, porém moravam em Corumbá/MS, quando mudaram para esta capital, passaram a morar em casas separadas; que, o declarante afirma que a convivência entre José Milton e Gonçalves era conturbada, com várias discussões, inclusive quando seu irmão voltou para esta capital, o mesmo estava com uma cicatriz de ferimento de faca no abdômen, e segundo relatos de José Milton, Gonçalves que era muito agressiva e sempre dizia para ele: “me bate, me bate, que te coloco na cadeia”, por isso, José Milton tinha receio de agredi-la, porém confirma que o mesmo também era uma pessoa muito nervosa; que, o declarante nunca presenciou brigas ou agressões físicas entre José Milton e Gonçalves, contudo sua genitora relatou, que certa vez presenciou uma briga entre o casal, na qual Gonçalves, muito agressiva, quebrou vários maquinários para fazer pastel e sucos, enquanto discutia com José Milton, ou seja, jogando objetos contra José Milton; que, quando o declarante chegou na casa de seu irmão, Gonçalves já tinha se evadido do local, tendo encontrado vizinhos e Jheneffer ao lado do corpo de José Milton, visto que já tinha falecido, e segundo relatos das pessoas presentes, uma equipe do Samu compareceu no local, constatou o óbito e foi embora (...)” (f. 33-34)

A testemunha Jheneffer Costa Moreira, vizinha do casal, relatou na delegacia de polícia:

“(...) esclarece que sua avó Maria Alda foi casada com José Milton Maciel por aproximadamente 15 anos, porém há uns três anos já estavam separados; que, a

declarante, sua mãe e demais irmãos residem ao lado da casa de José Milton de forma que a declarante ouviu uma discussão entre ambos na data dos fatos; que, por volta das 23h00min estava sentada no sofá de onde podia ouvir a discussão do casal onde Gonçalves gritava muito, indagando José Milton sobre uma mulher que estava no bar de onde eles acabavam de chegar, contudo José Milton apenas pedia para parar, inclusive parecia que estava chorando, com voz tremula, dizendo que não tinha nenhuma mulher; que, Gonçalves continuou falando sobre essa mulher, quando de repente a declarante ouviu um gemido alto e logo em seguida Gonçalves gritou: “Zé”, ato contínuo a declarante ouviu José dizendo: “Acho que acertou o meu coração”; que, a declarante e sua irmã saíram em direção a casa de José Milton porém o portão estava amarrado, neste momento Gonçalves veio ao encontro da declarante e chamava pelo nome da mãe da declarante, Rosélia; que, Gonçalves abriu o portão e a declarante foi em direção a José Milton que estava em pé na varanda da casa, com uma mão próxima ao peito no local onde foi ferido e com a outra mão se apoiava na parede; que, a declarante ficou próxima José Milton tentando socorrer-lo e ao mesmo tempo realizava ligações para a polícia militar e para o Samu; que, enquanto isso Gonçalves andava, desesperada pelo quintal, adentrava e saía da edificação e buscava o celular de José Milton no bolso dele; que, após pegar o celular Gonçalves também tentou pedir socorro; que, vários vizinhos compareceram ao local para tentar ajudar a salvar José Milton, inclusive Gonçalves deu a chave do carro de José Milton para Delei socorrer-lo, porém este passou mal e não conseguiu dirigir o veículo; que, em dado momento Gonçalves adentrou à casa fechou a porta da cozinha e saiu na varanda vindo em direção a uma faca que estava em cima da mesa que também ficava na varanda, próximo ao local onde José Milton estava deitado no chão; que, a declarante viu a faca em cima da mesa, levantou-se e pegou a mesma com medo que Gonçalves a utilizasse para ferir José Milton novamente; que, Gonçalves recuou ao ver a declarante em posse da faca e foi embora do local saindo pelo portão dos fundos do quintal; que, a declarante deixou a faca no chão e permaneceu próxima a José Milton, inclusive realizando massagem cardíaca visto que o mesmo tinha “perdido” o pulso, porém quando os policiais chegaram ele já estava falecido, bem como a equipe médica do Samu chegou depois da polícia apenas para certificar o óbito; que, após os fatos a declarante não teve mais contato com Gonçalves; que, José Milton era muito apaixonado por Gonçalves e tinha planos de ter filhos com a mesma, porém ela sempre foi muito ciumenta, nervosa, ameaçava deixá-lo, ou seja, o relacionamento era muito conturbado; que, a declarante nunca presenciou José Milton agredindo Gonçalves, pelo contrário era ela quem o agredia por ciúmes (...)” (f. 43-44)

Em juízo, a referida testemunha relatou ter ouvido uma discussão entre a ré e a vítima momentos antes do crime:

“(...) MP: A senhora sabe dizer se eles chegaram a entrar em vias de fato, brigar, entrar em luta corporal, ele agredia ela ou ela agredia ele ou ambos se agrediam, a senhora tem informação nesse sentido?”

Depoente: Era o seguinte, ela é muito assim bruta, aí ela batia nele, aí o jeito dele se defender ele tentava segurar as mãos dela, aí ela, eu não sei muito bem, mas parece também que ela registrou que ele tinha batido nela, só que não foi o que aconteceu, ela ia para cima dele mesmo, entendeu, ela não tinha medo.

MP: Mas normalmente quando estavam sob efeito de bebida alcoólica?

Depoente: É.

MP: Isso acontecia?

Depoente: Normalmente.

MP: Essas agressões, coisa mais?

Depoente: É, ela agredia ele quando estava bêbada.

MP: E no dia dos fatos, no dia dos fatos a senhora estava em casa, a senhora escutou discussão, o quê que a senhora percebeu ali?

Depoente: Eu cheguei era umas dez e pouco, acho que foi questão de 05 minutos, eu deitei no sofá que ficava, fica do lado assim a casa e eu ouvi ela gritar muito com ele, ela falava assim: “Quem que era aquela mulher, quem que era aquela mulher que te olhava tanto.”, daí ele falava “Lina., que é o apelido dela, eu acho, aí falava assim: “Lina, não tem mulher nenhuma.”, aí ela falava assim: “Tinha sim, quem que era aquela loira que ficava te olhando?”, aí ele falou assim: “Lina, não tem mulher nenhuma.”. Aí eu ouvi tipo ela empurrando ele num muro que dava para ouvir certo porque eu estava, a sala da minha casa é do lado do muro, quase colocado assim, são poucos centímetros, e ela empurrava e falava assim que ia enfiar a faca nele se ele não falasse a verdade e ele falava: “Lina, não tem mulher nenhuma.”, e ela continuava a avançar para cima dele, entendeu?

MP: Isso a senhora diz, a senhora não viu, mas a senhora.

Depoente: Eu ouvia.

MP: Pelo barulho, pelo?

Depoente: Tinha a janela, a janela estava aberta.

MP: E a senhora escutava o barulho dele sendo prensado na parede, é isso?

Depoente: Isso, ele prensava no muro.

MP: E ela falando?

Depoente: É, a voz dele ficava até mais forte, ela falava assim, ele falava assim: “Não tem mulher nenhuma.”, e ela falava assim: “Quem que era aquela loira que ficava e olhando?”.

MP: E a senhora escutou ela ameaçar de esfaquear ele?

Depoente: Sim, ela falou assim que se ele não falasse a verdade ela ia enfiar a faca nele.

MP: Certo. E a senhora percebeu que houve essa faca, e se percebeu em que momento?

Depoente: Foi acho que umas onze horas, que foi a hora que ela, que ele falou assim para ela não, ele falou assim: “Por favor.”, aí ela pegou e foi a hora que eu só ouvia ele fazer tipo um sinal assim.

MP: Tipo um gemido?

Depoente: Tipo: Uhm, uma coisa assim. Aí foi a hora que ele falou assim: “Eu acho que acertou o meu coração.”, e foi a hora que eu levantei aí ela, e estava fechado o portão, o portão da casa dele, com arame, tipo um arame, um fio forte assim, aí a gente já levantou, eu e minha irmã já levantamos correndo e foi lá, tentamos abrir o portão, a gente não conseguia aí ela começou a ficar desesperada, a Lina. (...)” (f. 197-205)

Sob o crivo do contraditório, a ré narrou:

“(…)

Juiz: Está. No caso a senhora tinha bebido então e ele também?

Ré: Tinha junto com ele.

Juiz: A senhora admite que esfaqueou a vítima?

Ré: Em uma fatalidade eu admito.

Juiz: Certo

Ré: Admito que eu peguei a faca para me defender, ele tentou me enforcar em cima da cama...

Juiz: E a senhora...

Ré: Ai eu consegui levantar eu corri, quando eu corri para o lado da cozinha a primeira coisa que eu achei foi essa faca.

Juiz: A senhora deu quantos golpes nele?

Ré: Só um, eu segurei a faca e ele veio na minha frente, eu peguei falei para ele sai da minha frente Milton, sai da minha frente senão vou te matar, mas não com a intenção de matar ele.

Juiz: Certo. Mas um golpe acertou e quantos goles a senhora desferiu e não acertou ele, lembra?

Ré: Nenhum.

Juiz: Foi só um golpe?

Ré: Foi na hora do susto mesmo, ele veio e falou para mim: “mata então”, e veio para cima de mim, foi eu acho que no momento de impulso mesmo, só que bateu nele e ele saiu correndo para fora.

Juiz: Pelo jeito a senhora enfiou a faca para valer?

Ré: Não, não.

Juiz: Não?

Ré: Não. Ele, na hora que ele correu para foram eu corri, para desarmar o arame, porque essa Jennifer e a irmã dela começaram a gritar lá, abre aqui, abre aqui e eu tentava desfazer o arame que ele tinha amarrado no portão.

Juiz: A senhora já tinha registrado algum BO antes de agressão dele?

Ré: Em Corumbá eu registrei um.

Juiz: Quantas vezes?

Ré: Só uma vez.

Juiz: Só tem um registro?

Ré: Só um.

Juiz: E quantos anos atrás?

Ré: Olha eu fiquei com ele...

Juiz: Mais ou menos?

Ré: Eu fiquei com ele 3 anos, então faz uns mais ou menos, isso porque foi bem no começo já, eu já estava uns 5 meses já com ele e começou.

Juiz: Começou o que?

Ré: As brigas.

(...)

Juiz: Está. Veja bem, hoje em dia esta de tal forma a violência doméstica, que mesmo que a mulher não queira registrar o BO os vizinhos ligam para a polícia...

Ré: Então...

Juiz: E parece que não tem nenhum registro assim de polícia.

Ré: Não.

Juiz: Nada, nada?

Ré: Não. Só dessa vez lá em Corumbá, que e toda vez ele falava que ia melhorar, que ia parar de beber.

(...)

MP: Temos informações aqui no processo que a senhora também agredia ele.

Ré: Também, quando ele vinha para cima de mim...

MP: (ininteligível).

Ré: A gente entrava em luta corporal nós dois.

MP: Mas quando a senhora bebia, a senhora também ficava também um pouco agressiva?

Ré: Quando ele vinha para cima não é, a gente...

(...)” (f. 226-236)

Prevê o art. 25, do Código Penal, que para a caracterização da legítima defesa é preciso que haja o emprego moderado dos meios necessários a repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem. *In verbis*.

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem

A finalidade da referida causa excludente de ilicitude é resguardar a integridade física do ofendido, que está na iminência de sofrer agressão injusta, utilizando os recursos disponíveis, de forma moderada para cessar a ação danosa, que recai sobre ele no momento.

Todavia, os fatos delineados no presente caso não conduz a esse entendimento. Não ficou comprovado que a apelante usou moderadamente os meios necessários, pois, como bem fundamentou o sentenciante de primeiro grau, em que pese ter desferido um golpe de faca contra a vítima, o fez em seu peito.

Há de se ressaltar também que, como consignado nos trechos dos depoimentos acima, as agressões eram frequentes e recíprocas, inexistindo elementos concretos a amparar a referida excludente.

Assim, os elementos probatórios são aptos à condenação da apelante. O juiz *a quo* analisou corretamente as circunstâncias fáticas, irretocável portanto, o édito condenatório.

Do mesmo modo, os fundamentos acima expostos servem para afastar a tese requerida pela defesa de reconhecimento da lesão corporal privilegiada.

Para o reconhecimento da lesão corporal privilegiada, prevista no art. 129, § 4º, do Código Penal, é necessário que o agente cometa o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o que também não restou comprovado nos autos.

De acordo com a própria apelante, antes de desferir o golpe de faca contra a vítima, ela demonstrou sua intenção, ou seja, poderia ter agido de forma diversa, conforme trecho que transcrevo:

“(...) Ré: Só um, eu segurei a faca e ele veio na minha frente, eu peguei falei para ele sai da minha frente Milton, sai da minha frente senão vou te matar, mas não com a intenção de matar ele.

Juiz: Certo. Mas um golpe acertou e quantos goles a senhora desferiu e não acertou ele, lembra?

Ré: Nenhum.

Juiz: Foi só um golpe?

Ré: Foi na hora do susto mesmo, ele veio e falou para mim: “mata então”, e veio para cima de mim, foi eu acho que no momento de impulso mesmo, só que bateu nele e ele saiu correndo para fora. (...)” (f. 228)

Não estão presentes nenhuma das circunstâncias que autorizam o reconhecimento da causa de diminuição de pena. Verifica-se que a lesão corporal que resultou na morte do ofendido, decorreu em razão de desentendimento entre a recorrente e a vítima, bem como de agressões recíprocas. Dessa forma, ausentes elementos que amparem as teses defensivas, a condenação deve ser mantida nos termos da sentença de primeiro grau.

Pena-base

Ao fixar a pena-base, o sentenciante consignou:

“Passo a dosagem da pena, sistema trifásico (art. 68 do CP).

As circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) lhe são favoráveis.

A culpabilidade é normal à espécie, especialmente por desferido tão somente um golpe de faca na vítima.

Não registra antecedentes.

Tem personalidade e conduta social normais.

As consequências são típicas da espécie.

Por outro lado, ainda que favoráveis as circunstâncias supracitadas não significa que tem direito à pena mínima, como regra absoluta, mormente nas circunstâncias em que o crime ocorreu, discussão com a vítima, revelando descontrole emocional de seus atos no estado de embriaguez.

Assim, como forma de repressão e prevenção do crime, bem como sopesando tais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.

Como visto, a moduladora relativas às circunstâncias do crime foi considerada desfavorável à recorrente e a pena-base fixada 02 anos acima do mínimo legal.

As circunstâncias do crime “*defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes*”.¹

A fundamentação utilizada para negativar a referida moduladora “*discussão com a vítima, revelando descontrole emocional de seus atos no estado de embriaguez*”, não é idônea para o fim de majorar a pena-base, uma vez que, dos depoimentos colhidos é possível verificar que ambos, ré e vítima, se descontrolavam emocionalmente em razão da embriaguez e discutiam com frequência, de maneira que a avaliação negativa deve ser afastada e a pena-base fixada no mínimo legal.

Confissão espontânea

Embora a ré faça *jus* ao benefício, tendo em vista que confessou a prática do delito tanto na fase policial, quanto em juízo, não haverá aproveitamento em face do óbice da Súmula 231, do STJ.

Na segunda fase, as atenuantes não devem causar impacto no apenamento de forma a reduzi-lo aquém do mínimo legal, pois afronta o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Portanto, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais devem ser analisados e conjugados, não havendo como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vige de forma soberana no âmbito de Direito Penal.

Nesta senda a pretensão encontra óbice intransponível também na jurisprudência em face do Enunciado da Súmula 231, do STJ, ainda vigente, *verbis*:

“(...) A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

É certo que o princípio da individualização da pena, previsto art. 5º, XLVI da Constituição Federal, é uma das mais importantes garantias asseguradas ao réu, de ter uma pena justa e proporcional ao ilícito cometido, mas há também que obedecer ao princípio da reserva legal como fonte de segurança jurídica.

Sobre o assunto, valiosa a lição de Guilherme de Souza Nucci², o qual ensina que:

“(...) as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal** – legislação I. Título. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

2 **Código penal comentado**. 5. ed. Editora RT, p. 354.

parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir a orientação do legislador”.

Deste modo, impossível de aproveitar a ré no cálculo da pena.

Readequação da pena

Na primeira fase, a pena ora reduzida ao mínimo legal, de 04 anos de reclusão.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, todavia mantenho a pena intermediária inalterada, pois fixada no mínimo legal.

Na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição da pena, resta definitivamente fixada em 04 anos de reclusão.

Regime

Por conseguinte, tendo em vista a redução do apenamento, bem como as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da ré, altero o regime inicial para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, do CP.

Prequestionamento

Ressalto que não houve afronta aos dispositivos prequestionados.

Dispositivo

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, restando a reprimenda fixada em 04 anos de reclusão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2018.

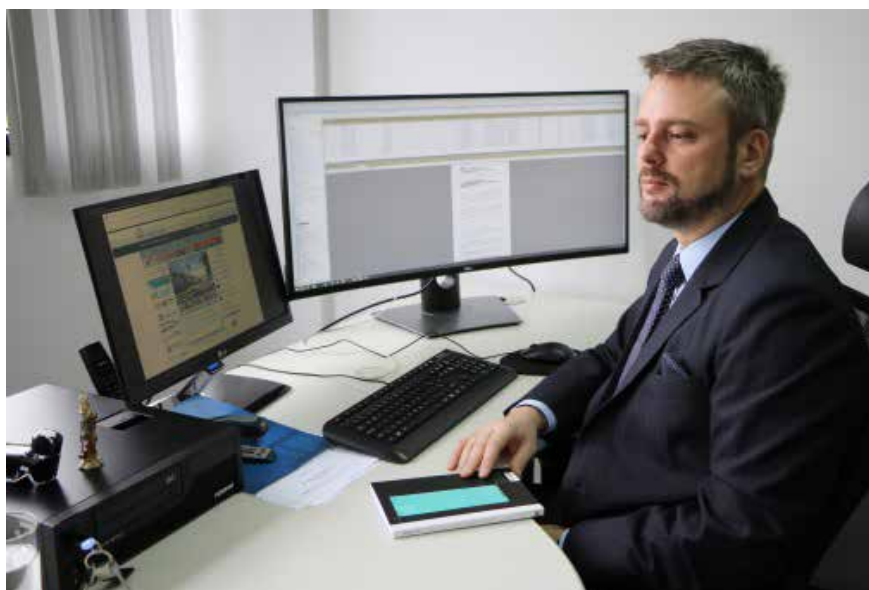
REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

NOTICIÁRIO



TJMS lança projeto-piloto de mediações com repercussão nacional - 01/10/2018



A 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos de Campo Grande promoveu, pioneiramente no Brasil, um projeto-piloto de mediações entre a empresa Oi, hoje em recuperação judicial, e inúmeros clientes que são credores da companhia. O projeto, que começou na Capital de MS, será replicado em todo o Brasil.

Utilizando uma plataforma on-line disponibilizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), já foram homologadas nos últimos dias 571 mediações e a expectativa é de que pelo menos outros 5.000 casos sejam resolvidos assim.

Esta é uma das primeiras ações de mediação realizadas no Brasil que tratam do tema. Um formato de resolução de conflitos judiciais que tem como base o consenso entre as partes, garantindo uma solução ágil, inteligente e, sobretudo, distante do já velho modelo tradicional, no qual as partes se veem apenas como litigantes, mas não como atores que constroem as próprias decisões.

Segundo o juiz José Henrique Kaster Franco, que atualmente atua na parte de liquidação e execução de sentenças da 2ª Vara de Direitos Difusos, “os clientes recebem antes, com menos conflito e desgaste - econômico e emocional - e o Judiciário se vê com mais espaço para respirar”.

O magistrado explica que se viu em meio de um grande número de processos que envolviam a Oi. Percebeu que o magistrado que tratava da recuperação judicial da empresa, na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, havia estudado com ele na Alemanha. Feitos os contatos, o juiz carioca mandou todos os responsáveis pela Oi a Campo Grande – administradores, advogados, diretores etc. A partir daí, começaram várias reuniões entre a equipe da Oi e escritórios de advocacia da Capital.

Depois de várias reuniões, o projeto-piloto de mediações começou a funcionar em Campo Grande, homologando no dia 13 de agosto de 2018 a primeira mediação entre a Oi e credores.

O juiz completou dizendo que o “*êxito do projeto deve ser tributado ao comprometimento de toda a equipe, começando pelo colega Dr. David de Oliveira Gomes Filho, titular da Vara, e que participou de reuniões, e também assessores, servidores, representantes de credores e da empresa Oi, todos empenhados*”.

em encontrar soluções criativas e adequadas a uma visão que hoje se espera da Justiça, na qual as partes passam a ser protagonistas de seus destinos”.

Saiba mais – Em geral, as ações que agora estão sendo finalizadas por mediações tratam de cobranças relativas a linhas telefônicas e projetos de expansão da rede de telefonia tanto no Estado de Mato Grosso do Sul quanto de outros Estados. Muitas delas, aliás, tramitando há mais de 10 anos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CNJ mostra ao país trabalho realizado por servidoras do TJMS - 02/10/2018



De 24 a 28 de setembro, duas técnicas da Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS (CIJ) estiveram em Roraima para ministrar capacitação sobre depoimento especial para entrevistadores forenses. E o trabalho de excelência de Doêmia Ceni e Rosa Pires repercutiu em todo o país por meio de matéria divulgada no site do Conselho Nacional de Justiça, nesta terça-feira (2).

No total, foram 40 horas de capacitação, com dinâmicas de treinamento, em que os participantes discutiram temas como O contexto da violência e abuso sexuais e a importância da Escuta Especial: concepções da infância moderna, globalização da infância e universidade de direitos; O conceito de desenvolvimento infantil e seus impactos na compreensão da violência sexual em crianças e adolescentes: desenvolvimento da linguagem em Piaget e Vygotsky; Desenvolvimento infantil e sexualidade.

A capacitação também abrangeu assuntos como relação do adulto com sexualidade infantil; Ambivalência de sentimentos; O essencial é invisível: introdução e violência sexual e seus adjetivos; a proteção jurídico-legal, o fluxo da notificação, investigação e julgamento de suspeitas e ocorrências de violência sexual, além de simulações de audiências

O objetivo da capacitação foi conhecer a técnica da escuta especializada e do depoimento especial de crianças e adolescentes para superação dos métodos tradicionais utilizados, a fim de garantir uma atuação mais eficaz do entrevistador forense no sistema de justiça

A capacitação atende ainda Recomendação nº 33/2010, do CNJ, e o que dispõe a Lei Federal nº 13.431/2017, que normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

2ª Vara Criminal de Ponta Porã tem grande baixa processual com apoio da CPE 03/10/2018



A 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã, cidade na divisa com o Paraguai, conseguiu fazer uma baixa expressiva no acervo processual, passando de 6.290 processos e procedimentos em meados de 2016, para 3.764 em agosto de 2018. Para se chegar a este resultado, o juiz titular, Marcelo Guimarães Marques, conta que imprimiu rotina própria de trabalho e que a Central de Processamento Eletrônico (CPE) teve papel preponderante no resultado.

O magistrado assumiu a vara criminal em 2014 e, em julho de 2016, a CPE começou a atuar na maioria dos feitos. Nesta época existiam 2.635 procedimentos (cartas precatórias, inquéritos e flagrantes) e 3.655 processos. Atualmente este número é de 747 procedimentos e de 3.017 processos. Houve uma diminuição nesse período de 40,16% do acervo total, de 17,46% dos processos e de 71,66% dos procedimentos.

“Muitos desses procedimentos que eram inquéritos se tornaram processos com a evolução da classe, o que demandou um trabalho intenso nos julgamentos e nos arquivamentos”, diz.

A 2ª Vara Criminal tem competência para julgar casos como roubo, violência doméstica e tráfico de entorpecentes. Pela localização geográfica e histórico da região, o crime de tráfico é intenso na comarca, mas isto não foi impeditivo.

A distribuição mensal nesta vara é de aproximadamente 380 feitos, sendo que, após o período em que a CPE passou a cuidar da movimentação, foram distribuídos 10.718 processos e procedimentos, o que demonstra que a produtividade do gabinete e cartório foram decisivos para que, mesmo diante desse movimento, houvesse a diminuição do acervo.

Marcelo Marques disse que no trabalho do cartório e do gabinete a CPE teve atuação decisiva para este resultado. “A CPE é um exemplo. E para conseguir acompanhar a velocidade imprimida pela central, tanto o cartório como o gabinete tem que ter uma atuação exemplar. Nós fazemos acompanhamento diário do acervo, mantendo o foco na necessidade de julgar e arquivar sempre mais”, disse o juiz da 2ª vara criminal de Ponta Porã.

Saiba mais – Com o início de sua atuação em 2013 nas Varas de Execução Penal do Estado, a Central de Processamento Eletrônico está constantemente ampliando sua atuação em diversas varas da

Capital e do interior do Estado. O resultado desta ação tem sido um volume muito grande de processos sendo arquivados.

O “Cartório do Futuro”, como é conhecida, permite uma automatização de muitas etapas, além disso, a efetividade da CPE se deve a fatores estruturais e tecnológicos. A Secretaria Judiciária de Primeiro Grau (SJPG) é a responsável pela execução e funcionamento da CPE.

Dentre os diferenciais da CPE estão o uso de equipamentos de alta tecnologia, treinamento de pessoal, além de uma estrutura física onde o mobiliário e o local foram planejados para propiciar o máximo de produtividade e concentração.

O objetivo da Central é estar, em poucos anos, atuando em processos de todas as Varas do Poder Judiciário estadual. Tudo isto só será possível porque atualmente quase a totalidade dos processos que tramitam em Mato Grosso do Sul são eletrônicos.

A inovação do TJMS despertou interesse por parte de várias Cortes brasileiras, que já enviaram representantes para conhecerem pessoalmente as instalações da CPE.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ empossa desembargadores Emerson Cafure e Dileta Terezinha Souza Thomaz **03/10/2018**



Na tarde desta quarta-feira (3), o Palácio da Justiça Des. Leão Neto do Carmo sediou a solenidade de posse dos desembargadores Emerson Cafure e Dileta Terezinha Souza Thomaz como membros do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Os magistrados ocupam as vagas provenientes das aposentadorias da Desa. Maria Isabel de Matos Rocha e do Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Ao declarar aberta a solenidade, o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, enfatizou que o Judiciário sul-mato-grossense cumpre a missão de contribuir com o efetivo fortalecimento do estado democrático de direito.

“Empenhamo-nos em alcançar um ideal de justiça rápida, que garanta o direito do cidadão por meio de uma prestação jurisdicional efetiva e célere. Isso só é possível por meio das pessoas que compõem esta Corte, tornando-a forte e eficiente. Galgar esse posto na carreira é coroar de reconhecimento toda uma vida, com mostra de estima, respeito e consideração. Desejo aos empossandos as boas-vindas”, disse.

A Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges, em nome do Tribunal de Justiça, recepcionou os novos integrantes do Tribunal Pleno e, em seu discurso, ressaltou as qualidades de cada um, garantindo estar honrada com a oportunidade de saudar os novos desembargadores. “Felicidade de todos nós por termos pessoas da competência e estatura de Vossas Excelências compondo este Tribunal”.

Ela apontou ainda que a Desa. Dileta é a quinta mulher a integrar o TJMS desde a criação do Estado, destacando que não poderia ser melhor a ocupação da vaga por magistrada a quem devota grande admiração.

“Sua ascensão ao cargo é a coroação de uma história pessoal marcada por lutas, superações e principalmente por conquistas. Seu grande talento é ser decoradora de almas, pois todos que a cercam abeberam a delicadeza e elegância de seu trato. (...) Oferece-lhe a maestria de Cora Coralina, que me parece simbolizar o seu trilhar: ‘Eu sou a mulher que fez a escalada da montanha da vida removendo pedras e plantando flores’. Seja bem-vinda”.

Para falar do Des. Emerson Cafure, Tânia citou palavras do filho do empossando, por entender que revelam a pluralidade de sua vida, suas origens, seu amor pela família, seus hobbies, seus princípios e caminhada. “O esforço pessoal e a experiência adquirida ao longo do tempo tornaram-no um magistrado exemplar”.

Para a Des. Tânia, Emerson Cafure é dono de um enorme coração, onde não falta espaço para a todos sempre acolher. “Homem de princípios e valores, exemplo de superação de vida. De um dia engraxate a desembargador do TJMS. (...) O retrospecto da vida de V. Excia nos dá testemunho vivo de que teremos um membro operoso, que personifica as virtudes da serenidade e da ponderação, sempre aberto ao diálogo, sendo referência entre seus pares pela forma equilibrada e segura com que exerce a jurisdição”.

O presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, citou que a posse dos dois novos desembargadores se dá em um momento especial da história do país. “O evento conjuga nesse momento boas expectativas para o TJMS pelo fato de a escolha recair sobre dois nomes de excelência, que terão em suas mãos o desafio de interpretar os anseios de um novo Brasil que está sendo construído em dias profundamente conturbados”.

Karmouche apontou que ambos os escolhidos têm a experiência e reconhecido saber jurídico para garantir uma justiça de qualidade para a sociedade sul-mato-grossense; suas trajetórias os credencia para decidir com firmeza e sabedoria sobre os mais variados temas do cotidiano, e parabenizou o TJMS pelas escolhas que representam lucidez e sabedoria.

“Em nome da OAB/MS, congratulo os novos desembargadores, desejando uma carreira de sucesso, na certeza que Vossas Excelências cumprirão rigorosamente a missão constitucional que lhes estão sendo outorgadas dentro do princípio republicano, obedecendo ao regramento de nossa Constituição”.

Pelo Ministério Público falou a procuradora Jaceguara Dantas da Silva, que saudou os novos desembargadores. “Ganha muito o Tribunal de Justiça com a vinda dos dois novos membros – magistrados reconhecidos pelo potencial de trabalho, pela competência, pelo grau de humanismo e pela humildade. (...) Suas posses agregarão valor à máxima Corte de Justiça do Estado de MS”.

O Parquet prestou ainda homenagens aos desembargadores aposentados Maria Isabel de Matos Rocha e Francisco Gerardo de Sousa pelos relevantes serviços prestados e pela singular atuação ao longo da carreira na magistratura, reconhecidos pelo trato fácil, urbano e respeitoso – qualidades que, segundo Jaceguara, estarão presentes nas figuras ilustres dos novos desembargadores.

“Recebam, pois, desembargadores Dileta Terezinha Souza Thomas e Emerson Cafure, os votos do Ministério Público pelo êxito no cargo que hoje assumem – coroamento de toda a carreira como magistrados – na certeza de que continuarão a realizar um trabalho de excelência em prol da sociedade sul-mato-grossense. Que Deus os ilumine”.

Em um discurso que emocionou os presentes, o Des. Emerson Cafure citou Aristóteles, falou sobre a infância passada em Porto Murtinho, da luta na Capital para estudar e de como a graduação honrou o apoio recebido dos pais.

Ele lembrou as aprovações em concurso da Polícia Civil, no primeiro concurso para técnico judiciário do TJMS, no primeiro concurso público para Defensor Público e finalmente para a magistratura, em 1988.

“Esses anos foram de muitas transformações, mas reservo aqui generoso espaço para agradecer a Deus por tudo e, principalmente, por ter me abençoado com a graça de ter, desde 1979, Ana Maria Grincevics Cafure ao meu lado como esposa, completando o estreito espaço que reservo para os grandes

orgulhos que tenho na vida. Do nosso amor nasceram Priscila e Ricardo, que andaram por comarcas conosco. Lamento, meus filhos, pelas várias mudanças e pelos dias sacrificados pela minha ausência, em benefício do exercício da função, mas não cabe no peito a alegria que sempre me proporcionam, notadamente pelos netos Júlia, Luiz Eduardo e Davi”.

Cafure confessou-se feliz por alcançar o objetivo que tinha na alma desde os bancos universitários. “Chego a este Tribunal com o espírito aberto e amistoso. (...) Embora a química do tempo tenha transformado minha juventude em maturidade, vim para aprender e somar esforços, visando prestações jurisdicionais adequadas aos casos concretos”.

Citando a Bíblia e suplicando a Deus por sua proteção, o desembargador concluiu: “Assumo o compromisso perante este Tribunal de empenhar-me na manutenção e auxílio por uma Corte de Justiça sempre dinâmica e um povo satisfeito ao ver o término da prestação oferecida pelo Estado-Juiz. Agradeço aos que tiveram o desprendimento de seu tempo para alegrar meu coração com suas presenças. (...) Dedico esse momento à minha família: esposa, filhos, netos, genro, nora e a meus pais pela contribuição essencial na minha formação inicial. Muito obrigado a todos”.

A Des. Dileta iniciou seu discurso cumprimentando o colega Emerson Cafure, por dividirem a alegria de assumirem juntos as vagas no TJMS. Agradecida a Deus, ela citou cada um dos familiares que a auxiliaram a vencer as batalhas diárias para alcançar o ápice da carreira. “Ao meu companheiro Eloy, que há pouco mais de um ano partiu desta vida, deixo registrada a minha eterna gratidão, pois ele foi peça fundamental para que o meu caminho chegasse até aqui”.

A desembargadora mencionou também em seus agradecimentos servidores, promotores, defensores públicos e advogados que a apoiaram em todas as comarcas nas quais julgou. “Ao completar quase 30 anos de carreira como magistrada, sou tomada de imensa alegria e sinto-me honrada em compor este egrégio Tribunal, especialmente por ser a quinta mulher a ocupar o cargo de desembargadora desde a criação deste Estado. Por conta da emoção e da alegria que me tomam neste momento, talvez minhas palavras não consigam expressar com exatidão o que meu coração exprime”.

Citando Eclesiastes, Dileta afirmou que chegou para ela o tempo de contribuir no TJMS e garantiu que está plenamente consciente da elevada responsabilidade que assume. “Lembro uma frase de Rui Barbosa: Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo o direito pela força. Eu não esqueço a fraternidade pela tolerância. Eu não substituo a fé pela superstição, a realidade pelo ídolo. Assim, rogo ao Pai da Vida as bênçãos necessárias a esta nova etapa para que eu possa contribuir com a parcela maior que eu puder do meu esforço para a construção de uma sociedade melhor, mais justa, mais digna e mais feliz. Muito obrigada”.

Além de amigos e familiares dos empossandos, prestigiaram a cerimônia juízes da Capital e do interior, magistrados aposentados e, entre as autoridades, estavam o juiz Fernando Cury, presidente da Amamsul; Adalberto Neves Miranda, procurador-geral do Estado, o desembargador federal Nelton Agnaldo Moraes dos Santos; e Júlia Fumiko Hayashi Gonda, 1ª subdefensora pública geral.

Conheça – Emerson Cafure nasceu em Porto Murtinho e ingressou na magistratura em dezembro de 1988, na 5ª circunscrição. Em maio de 1989, foi promovido para a comarca de Bonito e, em fevereiro de 1992, uma nova promoção o levou para Corumbá, comarca de segunda entrância.

Foi diretor de Foro, integrou Turma Recursal e, em março de 2001, foi promovido a juiz de entrância especial, assumindo a 4ª Vara Criminal de Campo Grande. Na Capital, julgou também na 8ª Vara Cível e, em 2005, por remoção, titularizou a 11ª Vara do Juizado Especial. Foi membro da Turma Recursal e diretor do Foro dos Juizados Especiais. Em maio de 2018 foi designado para atuar como juiz convocado no Tribunal de Justiça.

Dileta Terezinha Souza Thomaz é a quinta mulher a ocupar o cargo desde a criação do Estado de Mato Grosso do Sul. Gaúcha de Catuípe, ela ingressou na magistratura sul-mato-grossense em junho de 1989, após aprovação no XI concurso de provas e títulos. Iniciou julgando na comarca de Anaurilândia.

Em 1991, por remoção, passou a julgar em Deodápolis. Em outubro de 1994, foi promovida para Ponta Porã, comarca de segunda entrância. Uma nova promoção em junho de 2000 levou-a para a 6ª Vara Cível de Dourados. Por remoção, no ano seguinte, assumiu a 1ª Vara Criminal. Em agosto de 2011, por remoção, passou a julgar na 7ª Vara Cível de Dourados. Foi diretora do Foro e integrante de Turma Recursal.

DISCURSO – DES. EMERSON CAFURE

“Você nunca fará nada neste mundo sem coragem. Essa é a melhor qualidade da mente ao lado da honra”, nos ensinou Aristóteles. Hoje, 3 de outubro de 2018, tomo posse como membro da mais alta corte do Poder Judiciário Estadual, e lá se vão mais de 60 anos, separando o menino nascido na acolhedora cidade de Porto Murtinho-MS, que viveu a infância brincando na barranca do Rio Paraguai, bem de frente a Isla Margarita, no Paraguai.

Menino que na adolescência, aos 14 anos, graças à iniciativa de seus pais, preocupados com o seu futuro e dos seus irmãos, tomou coragem e mudou-se para Campo Grande, onde, inicialmente engraxando sapatos no Salão Jóia, situado na Galeria São José, Rua 14 de Julho, na época um dos poucos e o mais alto edifício da cidade, avançou nos estudos, até colocar debaixo dos braços o canudo da primeira turma de Mato Grosso do Sul, do curso de Direito da Faculdade Unidas Católica de Mato Grosso, em 1979, bem na época da divisão do Estado.

A graduação completou a mente e honrou meu pai, minha mãe e me encheu do primeiro grande sentimento de orgulho. Obrigado meu querido pai Antonio Cafure, in memoriam, e a minha querida mãe Filomena Ovando Cafure, que está presente aqui hoje, aos quais agradeço imensamente por acreditarem e me apoiarem sempre.

Momentos como estes são nostálgicos e não posso deixar de lembrar que meu objetivo de vida era prestar concursos e sempre soube que o sucesso dependia de uma preparação prévia. A minha trajetória profissional teve início com a nomeação para o cargo de Escrivão de Polícia Civil, no qual granjeei rico conhecimento de inquérito policial, ascendendo logo em seguida ao cargo de assessor da Corregedoria-Geral da Polícia Civil, no qual sedimentei os estudos sobre os aspectos formais da atuação da Polícia Civil, onde permaneci até 1980, quando fui aprovado no primeiro concurso público para o cargo de Técnico Judiciário, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, sob a direção do Des. Higa Nabukatsu, sendo lotado na Corregedoria-Geral de Justiça, sob o comando dos saudosos Des. Rui Garcia Dias e Gerval Bernardino de Souza, com os quais muito aprendi. Depois, em 1982, dando sequência à minha trajetória profissional, fui aprovado no 1º concurso público para o cargo de Defensor Público, em 1982. Somente em 1988 é que cheguei à magistratura e fui nomeado para a Comarca de Bonito, onde passei três maravilhosos anos, trabalhando e desfrutando de suas belezas naturais, rumando depois para a Comarca de Corumbá, onde fiquei por 9 anos, sendo acolhido pela costumeira hospitalidade, amabilidade e o respeito de seu povo, até, finalmente, em 2001, ser promovido para Campo Grande.

Esses anos foram de muitas transformações, mas reservo aqui generoso espaço para agradecer a Deus por tudo e, principalmente, por ter me abençoado com a graça de ter, desde 1979, Ana Maria Grincevicus Cafure ao meu lado como esposa, completando o estreito espaço que reservo para os grandes orgulhos que tenho na vida. Do nosso amor nasceram os queridos e amados filhos Priscila e Ricardo, que andaram por comarcas conosco. Lamento, meus filhos, pelas várias mudanças pelas comarcas, o que sempre causava desconforto passageiro em virtude dos amigos que deixavam aqui, acolá e pelos muitos dias que foram sacrificados pela minha ausência, em benefício do exercício da função. Mas não cabe no

peito a alegria que sempre me proporcionam, notadamente, pelos maravilhosos netos Júlia, Luiz Eduardo e Davi, os quais nos enchem de muita alegria, frutos das uniões com meu genro Everton e a minha nora Diandra, respectivamente, aos quais rendo as minhas homenagens de agradecimento pela felicidade que proporcionam à minha família.

Nesta Corte, na qual fui brindado com a promoção pelo critério de merecimento, para o honroso cargo de Desembargador, sinto-me feliz por ter alcançado o objetivo que estava na minha alma desde os bancos universitários.

Chego a este Tribunal de espírito aberto e amistoso, solicitando o auxílio da experiência vivida pelos eminentes colegas, aos quais peço compreensão por possíveis desacertos involuntários em minha trajetória nesta corte. Embora a química do tempo tenha transformado minha juventude em maturidade, vim para aprender e para somar esforços, objetivando prestações jurisdicionais adequadas aos casos concretos.

Peço respeitosamente aos colegas integrantes deste sodalício o apoio e a compreensão indispensáveis aos meus objetivos de auxiliar o nosso Tribunal de Justiça a manter sua dignidade longamente reconhecida.

O Poder Judiciário deste Estado, ao longo de sua existência, tem demonstrado, sem dúvida alguma, imenso esforço para atingir as suas e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, no tocante à prestação jurisdicional. Essas metas têm sido cumpridas, colocando-o lá fora como um dos mais dinâmicos e qualificados do país, resultado de um trabalho em conjunto desta Corte com os juízes e funcionários das duas instâncias, sem olvidarmos da colaboração indispensável dos advogados em geral, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, além da ordeira e progressista população deste Estado.

Por isso, estou cômico de que o elevado conceito nacional de que goza este Tribunal, aumenta a minha responsabilidade de bem exercer a função judicante, principalmente tendo em conta que a minha antecessora é a eminente Desembargadora aposentada Maria Isabel de Matos Rocha, a quem presto minhas homenagens. Além da grande honra de achar-me entre os mais elevados expoentes do Judiciário Estadual, agora experimentarei a satisfação de ser parte deste sodalício.

Não há o que guardar no peito hoje. A emoção é muito grande. Na quarta-feira passada a ansiedade era tamanha em ser indicado e concorrer com nomes de tanta competência, que fiquei muito emocionado quando meu filho Ricardo, transbordando orgulho e felicidade, bateu a porta do gabinete me chamando de “Desembargador”. Me sinto extremamente realizado e afirmo que é uma meta alcançada por poucos, afinal são apenas 35 magistrados nesse cargo em Mato Grosso do Sul. É a realização de um sonho para quem sempre esperava alcançar o patamar mais alto da carreira.

Chego a este posto num momento importante para o Brasil, de grande apreensão e intranquilidade para o nosso povo, em que não há um regime político-econômico definido e em que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito estão cada vez mais relativizados. Somente o Judiciário, através de conceitos metajurídicos, poderá pacificar a sociedade com justiça.

Outrossim, novos direitos têm aparecido em nosso ordenamento jurídico: o direito de ser diferente, do transexual; a fecundação in vitro; a venda de órgãos humanos de um irmão-cobaia para que o outro possa ser salvo; os direitos decorrentes de ilícitos praticados via internet, entre muitos outros. Enfim, estamos na era dos direitos conforme ensina Norberto Bobbio. Por isso, o Judiciário deve ficar atento, pois as decisões judiciais devem estar subordinadas a fato, valor e norma, conforme lição doutrinária do mestre Miguel Reale.

Oscar Tenório, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, em sua obra clássica, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, contrariando Montesquieu, que apregoou que o juiz é apenas a boca que fala a lei, ensina que “O juiz não é apenas o conhecedor da lei, mas também sociólogo e político,

afeito ao conhecimento da vida sob todos os aspectos. Ainda deve ser filósofo no bom sentido, pois os fins da lei reclamam, para o seu entendimento, um olhar no presente e o outro no futuro, visando dias melhores. Ser humano na alta expressão do vocábulo, a fim de que se torne guardião dos interesses coletivos”.

Acima dos conceitos, entretanto, deve estar a ação política do magistrado em prol da justiça, mesmo porque, como dizia Erich Dans, “a vida não está a serviço dos conceitos, mas estes é que estão a serviço da vida”. Indaga-se, então, de que vale o conhecimento jurídico se ele não está colocado a serviço do povo?

A Bíblia, o Livro dos Livros, que a tudo e a todos influencia, independentemente de qualquer status, e é dela que Miguel de Cervantes Saavedra nos traz lição lapidar, aplicável nas lides forenses:

“Nunca interpretes arbitrariamente a lei;

“Achem em ti mais compaixão às lágrimas do pobre, mas não mais justiça às queixas de ricos;

“Procura descobrir a verdade por entre as promessas do rico, como por entre os soluços e importunidades dos pobres;

“Quando se puder atender à equidade, não carregues com todo rigor da lei no delinquente, que não é melhor a fama do juiz rigoroso que do compassivo.

Suplicando a Deus por sua proteção e guia, assumo o compromisso perante este Tribunal de empenhar-me na manutenção e auxílio por uma Corte de Justiça sempre dinâmica e um povo satisfeito ao ver o término da prestação oferecida pelo Estado-Juiz.

Agradeço a todas as autoridades, colegas, servidores e parentes que tiveram o desprendimento de seu tempo para alegrar meu coração com suas presenças nesta cerimônia. Agradeço a todos os Desembargadores pelos votos e pela receptividade que sempre dedicaram a mim. E, por fim, me volto a Deus para agradecer esta conquista e dedicar esse momento ímpar à minha família, a minha esposa, meus filhos, netos, genro e nora e claro, aos meus pais pela contribuição essencial na minha formação inicial. Muito obrigado a todos por terem me ouvido.

DISCURSO – DESA. DILETA TEREZINHA SOUZA THOMAZ

Excelentíssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Des. Divoncir Schreiner Maran Excelentíssimo Corregedor Geral de Justiça, Des. Carlos Eduardo Contar Excelentíssimas Autoridades nominadas no cerimonial Excelentíssimos magistrados presentes. Colega Emerson Cafure, imensa alegria e honra, estamos juntos neste momento assumindo vagas neste tribunal. Familiares, amigos, senhoras e senhores:

Primeiramente agradeço a Deus por me dar sabedoria para chegar até aqui, por me dar forças para vencer as batalhas que enfrentei e por me dar inúmeras graças durante a minha vida.

Agradeço aos meus pais, Marieta Souza, *in memoriam*, e Eurico de Souza, pelos ensinamentos que fizeram de mim uma pessoa íntegra e de valores morais sólidos.

Agradeço aos meus irmãos Bruna e Edegar, bem como à minha cunhada Vera, que tanto me ajudou nesse período de transição.

Ao meu companheiro Eloy, que há pouco mais de um ano partiu desta vida, deixo aqui registrada a minha eterna gratidão, pois ele foi peça fundamental para que o meu caminho chegasse até aqui.

Aos meus filhos Gustavo e Alexandre, gostaria de agradecer pelo carinho e compreensão, e também pedir desculpas pelos inúmeros momentos em que tive que me ausentar de suas vidas para atender aos desígnios do meu mister. Saibam que, estando juntos ou não, eu sempre os amei e os amarei sempre.

Minha querida nora Silvia, que cuida tão bem do Gustavo, presenteou-me com um lindo e maravilhoso neto, Luiz Felipe. Como dizem: neto é filho com açúcar. Ele, sem dúvida alguma, é um dos grandes incentivadores dessa minha nova caminhada.

Agradeço ao meu tio, Dr. João Coraldino dos Santos, que hoje já não faz mais parte deste plano de existência, mas está muito bem representado hoje aqui pelo seu filho, excelentíssimo Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Nelton Agnaldo Moraes do Santos. Lembro-me com carinho dos ternos conselhos que foram palavras de grande incentivo para o início de minha carreira.

Agradeço, ainda, a todos os servidores deste Tribunal, aos Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados, que tanto me apoiaram em todas as comarcas nas quais judiquei.

Ao completar quase 30 anos de carreira como magistrada, sou tomada de imensa alegria e me sinto muito honrada em compor este egrégio Tribunal, especialmente por ser a quinta mulher a ocupar o cargo de desembargadora desde a criação deste Estado.

Por conta da emoção e da alegria que me tomam neste momento, talvez minhas palavras não consigam expressar com exatidão o que meu coração exprime.

Compor esta corte é laurel da minha carreira de magistrada. Carreira esta que não foi solo. Aliás, neste momento ao olhar para os caminhos que percorri, a história que se desenrolou, constato facilmente que foram várias pessoas que me trouxeram até aqui.

Muitos familiares e amigos fizeram e fazem parte desta jornada, e a todos sou eternamente agradecida.

Farei uma breve retrospectiva da minha vida, que há mais de quarenta anos é dedicada ao Direito.

Graduei-me na Faculdade CNEC, em Santo Ângelo/RS.

Atuei como advogada por 18 anos.

Ingressei na magistratura em 12 de janeiro de 1989.

Vim de Santo Ângelo acompanhada pelo Eloy e pelos meus tenros filhos para a comarca de Aquidauana.

Lá permaneci até junho de 1989, quando foi promovida, por merecimento, para a comarca de Anaurilândia.

Após quase 2 anos, fui para a comarca de Deodápolis, mediante remoção.

Passados 3 anos, fui promovida, também pelo critério de merecimento, para a comarca de Ponta Porã.

Em 14 de junho de 2000 cheguei a Dourados, novamente promovida por merecimento. Lá atuei na 6ª Vara Cível, na 1ª Vara Criminal e, até dias atrás, na 7ª vara Cível.

Agora, ao assumir o cargo de desembargadora, reafirmo os mesmos propósitos de toda a minha carreira: o cumprimento absoluto do dever de magistrada. Continuarei sendo proativa, atuante, responsável e íntegra.

Como está anotado em Eclesiastes: “Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo certo para todo o propósito debaixo do céu”.

Ao galgar o posto de desembargadora, pelo critério de antiguidade, entendo que chegou para mim o tempo de contribuir nesta nobre casa e estou plenamente consciente da elevada responsabilidade que recai sobre meus ombros e de meus colegas, mas afirmo que estou apta a contribuir e fazer a diferença nesta honrosa casa.

Conto com a compreensão dos colegas desta Corte por possíveis desacertos involuntários durante minha atuação, principalmente neste início, pois ainda estou me familiarizando com as divisões dos departamentos, secretarias, câmaras e seções.

Olho o passado e agradeço as pessoas e situações que vivenciei, pois enfrentei situações complexas e tortuosas, mas, por tudo isso, hoje estou aqui fortalecida para trilhar novos caminhos que este ponto da minha carreira me proporcionará.

Para encerrar, lembro uma frase de Rui Barbosa: “Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo o direito pela força. Eu não esqueço a fraternidade pela tolerância. Eu não substituo a fé pela superstição, a realidade pelo ídolo”.

Assim, rogo ao Pai da Vida as bênçãos necessárias a esta nova etapa para que eu possa contribuir com a parcela maior que eu puder do meu esforço para a construção de uma sociedade melhor, mais justa, mais digna e mais feliz.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Restaurativa realiza palestra para guardas municipais - 08/10/2018



A Coordenadoria de Infância e Juventude (CIJ), do Tribunal de Justiça de MS, recebeu 22 guardas municipais para que os profissionais conhecessem a vivência do Círculo de Construção de Paz.

A palestra teve como objetivo fortalecer e sensibilizar dos agentes municipais, em especial os servidores que prestam serviços nas escolas públicas e que colaboram para uma comunidade pacífica. Importante lembrar que muitos estados brasileiros já possuem a Guarda Municipal de suas cidades como parceiros do programa de Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa, para quem não conhece a prática, é um modelo alternativo e complementar da justiça que busca, de forma pacífica e educativa, a resolução de conflitos utilizando como sua principal ferramenta o diálogo, fazendo com que o indivíduo causador de algum tipo de ofensa repense seus atos e repare os danos, ao mesmo tempo em que trabalha de forma preventiva, aproximando as pessoas e colaborando para o convívio harmônico.

A equipe da Justiça Restaurativa nas Escolas recebeu também a visita do Secretário Valério Azambuja, da Secretaria Especial de Segurança e Defesa Social (SESDES), oportunizando a aproximação da Guarda Municipal de Campo Grande dos Círculos de Construção de Paz.

Vale ressaltar ainda que de 17 a 21 de setembro foi realizada a I Semana Municipal Restaurativa, com diversas atividades preventivas como palestras, cursos de capacitação, grupos de estudos e encontros com suas práticas, conforme previsão na Lei Municipal nº 5.919/2017.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Curso de mediação visa casos de violência doméstica - 08/10/2018



Com o intuito de instruir servidores que lidam diariamente com casos de violência doméstica, acerca de métodos mais eficazes e adequados, nesta segunda-feira (8), o Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial (Ejud/MS) e do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (Nudem), em parceria com a Defensoria Pública, realizou a Oficina de Mediação nos casos de Violência Doméstica.

Da capacitação, realizada esta manhã no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), participaram 24 servidores do Poder Judiciário, que foram instruídos pela defensora e Coordenadora do NUDEM Edmeiry Silva Broch, pela assistente social Elaine de Oliveira França, pela psicóloga Keila de Oliveira Antônio e pelas defensoras Grazielle Carra Dias e Thais Dominato Silva Teixeira: todas integrantes do Nudem.

Durante a abertura, a assessora técnica especializada da Nupemec Andreia Bobadilha disse que a parceria firmada com a Defensoria Pública é de grande valia para o Judiciário, tendo em vista que são frequentes os casos de violência doméstica e, às vezes, profissionais que trabalham com esses casos ficam limitadas sobre como lidar com as vítimas. “Aprenderemos nessa capacitação formas melhores de intervir nesses casos para os futuros ajuizamentos e, com o tempo, aplicar essas informações nas ações já ajuizadas”, disse ela.

A Coordenadora do NUDEM, Edmeiry Silva Broch, enfatizou que é um dever da defensoria tratar dos casos de violência doméstica e procurar capacitar as pessoas que trabalham com isso. “A Defensoria tem esse dever, já que a maioria das vítimas não tem condições financeiras. Quando decidem procurar ajuda, as vítimas vão direto nos procurar”, finalizou.

Saiba mais - O NUDEM (Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher) foi instituído e regulamentado em 15 de outubro de 2014 pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, cumprindo com seu papel constitucional e em consonância com o disposto na Lei Complementar 80/94, em seu artigo 4º, inciso XI, de orientação e proteção aos grupos sociais em situação de vulnerabilidade.

Considerando a necessidade de fortalecer os serviços especializados de atendimento à mulher, o NUDEM visa uma atuação harmônica, aperfeiçoada e uniforme dos trabalhos e de sua primordial função

de prestar a orientação jurídica, tendo por objetivos desenvolver ações para promoção e defesa dos direitos da mulher em situação de violência de gênero com a integração de todos os Defensores Públicos de todas as instâncias e da rede de atendimento.

O Núcleo possui caráter cooperativo, consultivo e operacional, também conta com uma equipe psicossocial, psicóloga e assistente social, evitando encaminhamentos desnecessários e a chamada rota crítica da violência.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Seminário de gestão socioambiental busca mudança de memória social 10/10/2018



Com 136 servidores inscritos, durante toda a quarta-feira (10), o plenário do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça sediou o II Seminário Sul-mato-grossense de Gestão Socioambiental do Poder Judiciário – um dos mais importantes eventos na área ambiental do Estado.

Todos os palestrantes abordaram, em suas falas, a necessidade de se mudar hábitos em prol da sustentabilidade. Exemplificando ações habituais arraigadas na memória social de cada cidadão, os quatro deixaram claro: é preciso mudar urgentemente a fim de evitar um prejuízo irreversível ao meio ambiente.

Na abertura, o diretor geral da Escola Judicial (Ejud/MS), Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, agradeceu aos que empenharam tempo para ampliar seus conhecimentos, destacando que os participantes são pessoas engajadas com o tema. Ele ressaltou que os palestrantes são quatro expoentes na questão de sustentabilidade em termos jurídicos e judiciais do Brasil.

No entender do desembargador, o direito não é mais destacado apenas pelo Código Civil e pelo Código Penal. Ele citou que existem novas questões como violência doméstica, ECA, nova Lei de Drogas e é preciso atualizar-se.

“E como fazer isso sem falar de sustentabilidade? O importante é trazer o conhecimento, como fizemos no I Seminário, e que vocês nos pediram que voltasse. Somos um Estado pequeno, que representa 1,7 das potencialidades do Brasil, mas queremos fazer a coisa certa. Interajam com questões de sustentabilidade. Sejam bem-vindos!”

A primeira palestra foi Gabriela Moreira de Azevedo Soares, diretora executiva do Departamento de Pesquisa Judiciário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que fez Balanço Socioambiental do Poder Judiciário. Ela citou números que estão sendo finalizados no CNJ e ressaltou a importância de se conscientizar os participantes sobre a seriedade de práticas sustentáveis no ambiente de trabalho.

“Os planos de logística sustentável tiveram resultados positivos para reduzir os gastos socioeconômicos nos órgãos públicos. Esse projeto reside na tentativa de encontrar o equilíbrio entre a utilização dos recursos e o cuidado com o meio ambiente”, disse.

A seguir, falou Adriana Tostes, do TJDF, para apresentar o painel PLS – Ferramenta de gestão de consumo e gastos. Adriana citou o grau de adoecimentos de servidores e magistrados, lembrou que o viés sustentável abrange economia, cuidado ambiental e qualidade de vida no trabalho, e relatou as mudanças simples implantadas no TJDF, que resultaram em significativos resultados.

“Responsabilidade social. A mudança tem a ver com o propósito de vida. A redução do material de consumo, entre copos descartáveis, garrafinhas de água, impressoras coloridas, consumo de energia e o controle nos gastos de água, trouxe uma melhor eficiência nos custos de trabalho”.

No período vespertino o palestrante Benjamim Lima Jr., do Tribunal de Contas da União, apresentou o painel Política de Sustentabilidade do TCU, onde foram mostradas medidas sustentáveis, como o uso racional da água, energia elétrica, papel e outros recursos que, além de beneficiar o meio ambiente, resulta em economia financeira surpreendente.

“No TCU, por exemplo, no ano anterior, foram consumidas 1.219.800 garrafas plásticas de água e com o uso de copos de vidro reduzimos o consumo para 55.000 garrafas este ano, uma economia de um milhão de reais com a aquisição e logística”, relatou.

Na sequência, apresentou-se Ganem Amiden Neto, representante da Associação Internacional de Administração de Tribunais, que falou sobre o Plano de Logística Sustentável aplicado a Gestão Territorial/Jurisdicional do TJMS.

“Precisamos ficar atentos às consequências do uso dos recursos naturais, pois temos um excesso de globalização e precisamos despertar a humanidade para a problemática ambiental. Com ações simples, conseguimos reduzir consideravelmente o uso de energia, por exemplo, além do uso racional do ar condicionado, a eliminação de copos descartáveis, entre outras medidas”.

Por fim, trazendo um trabalho incrível prestado à sociedade e ao meio ambiente, Vinícius Saraiva de Oliveira, da Agepen/MS, apresentou o programa Arte com Pneus que, além de ressocializar os presos, visa a reciclagem de pneus velhos por meio da confecção de parques infantis.

O programa consiste em resgatar pneus descartados no meio ambiente e usar a mão de obra das penitenciárias para dar forma à matéria-prima, confeccionando brinquedos. Vinícius afirmou que até o momento 10 parques infantis já foram instalados, sendo dois em escolas municipais e oito em centros educacionais infantis.

“Por ano, vinte e dois milhões de pneus são trocados no país e 48% deles podem retornar ao mercado para serem ainda utilizados nos veículos ou submetidos a algum tipo de reforma, que é o que fazemos: ajudamos o meio ambiente, os apenados e deixamos sorrisos no rosto das crianças”, concluiu Vinícius.

Durante o evento, duas empresas com foco sustentável fizeram exposições: uma de painéis fotovoltaicos e gerenciamento de resíduos e outra de composteiras domésticas e tapetes higiênicos lavável para cães – ambas ficaram acessíveis aos participantes no hall dos plenários.

Uma concessionária disponibilizou um carro híbrido para test drive, na rampa de acesso ao Tribunal de Justiça, pela Av. Mato Grosso.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS recebe equipe do TJ do Ceará para conhecer a CPE - 17/10/2018



Uma equipe de servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará está em Campo Grande para conhecer a estrutura e o funcionamento da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul – a CPE, para fins de aprimoramento de estudos à implantação, no âmbito do Judiciário cearense, de uma iniciativa análoga ao do MS.

Pela manhã, o grupo visitou as estações de trabalho da CPE no Centro Integrado de Justiça e à tarde passou pelo Fórum de Campo Grande e pelo Tribunal de Justiça. O juiz da 3ª Vara Cível da Capital, Juliano Rodrigues Valentim, recepcionou o grupo a fim de apresentar um relato de sua experiência fazendo uso da Central de Processamento Eletrônico, que foi instalada na 3ª Vara em setembro de 2017.

O magistrado se diz um entusiasta da Central, que proporciona “fazer mais com o mesmo ou menos, retirando o servidor do atendimento do balcão e garantindo um aumento significativo em produtividade”, enfatiza.

O juiz destaca a inviabilidade do Judiciário manter seu modelo tradicional e soluções como a CPE podem nortear uma nova reestruturação de trabalho, onde há uma padronização dos procedimentos que geram uma celeridade no andamento dos processos.

A comitiva de servidores permanece em visita técnica ao Estado nesta quinta-feira (18), retornando ao Cijus e também visitando a Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cyberterrorismo é tema de palestra no Tribunal de Justiça - 19/10/2018



Nesta sexta-feira (19), o juiz Marcus Abreu de Magalhães, da comarca de Costa Rica, esteve no Plenário Cível, no Tribunal de Justiça, para proferir a palestra Cyberterrorismo. O evento, realizado pela Escola Judicial (Ejud-MS), foi transmitido, ao vivo, para as 54 comarcas do Estado, e prestigiado por servidores, juízes e colaboradores da justiça.

Em nome do TJMS, o juiz auxiliar da presidência Renato Antonio de Liberali recebeu o palestrante, ressaltando a importância de eventos como esse e parabenizando o juiz pelo lançamento do livro Cyberterrorismo: a nova era da criminalidade, no Congresso do IBCCRIM, em setembro, na cidade de São Paulo.

“Precisamos estar atentos na utilização da informação e o livro mostra crimes cibernéticos, em especial os praticados com uso da internet, casos reais, estudo de casos de forma aprofundada. Uma obra de conteúdo significativo que muito acrescentará aos que desejam aprender mais sobre o tema. Bem-vindo, Marcus!”.

O juiz de Costa Rica explorou os conceitos de informação, de terrorismo, apontou a mudança dos tempos e ressaltou que a informação é o valor de hoje. Como definição de terrorismo citou as palavras violência, medo, pânico, intriga, controle social, chantagem, pressão política. Ele lembrou ainda a Lei nº 13.260/16, que disciplina o terrorismo, trata de disposições investigatórias e processuais e reformula o conceito de organização terrorista, embora não seja tão eficiente quanto o desejado na elaboração.

Atualizado com o ordenamento jurídico, o juiz citou ainda o Decreto nº 9.527, de 15/10/18, que criou a força tarefa de inteligência para o enfrentamento ao crime organizado no Brasil – uma forma também de combater o terrorismo, já que este se apresenta também nas organizações criminosas.

Ao abordar o cyberterrorismo, ele citou a necessidade urgente de controle e proteção da informação para o Estado e para o país. “O cyberterrorismo é o uso premeditado de atividades destrutivas ou sua ameaça contra computadores ou redes. Um ataque cibernético pode ser disparado de qualquer lugar do mundo, com a facilidade de ser imune à perseguição criminal”.

Destacando que o Brasil é pioneiro na questão de segurança, com o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14, que regula o uso da internet no país por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado), ele citou que a primeira ordem de bloqueio de whatsapp ocorreu em fevereiro de 2015, em Teresina (PI).

“O juiz Luiz Moura Carvalho determinou a quebra de sigilo de mensagem em investigação de crimes de pedofilia e compartilhamento de imagens pornográficas de crianças e adolescentes e decretou a suspensão do serviço de mensagem instantânea, baseado no Marco Civil da Internet, mas o primeiro bloqueio efetivo do aplicativo no Brasil ocorreu em dezembro de 2015, por ordem da juíza Sandra Marques, de São Bernardo do Campo (SP).

Ele lembrou ainda que em fevereiro de 2015, com a Operação Quijarro, a Polícia Federal apreendeu 1,4 tonelada de cocaína em Corumbá. A carga, avaliada em R\$ 30 milhões no Brasil, seria remetida à Europa. Na época, o delegado da PF explicou que não foi possível descobrir o núcleo comprador da droga na Espanha e no Brasil em razão de não ter acesso às mensagens do aplicativo.

Marcus Abreu citou três grupos com importância direta sobre a internet: Wikileaks, cuja proposta é de transparência absoluta; Edward Snowden, agente americano que vazou informações que afetaram o mundo todo; e o grupo Anonymus, um aglomerado heterogêneo, difuso e impreciso, originado o que hoje se conhece por fake news.

Ele falou ainda da surface web, como páginas públicas, facebook, páginas de notícias; a deep web, cujos dados são inacessíveis como, por exemplo, as transações bancárias, nuvem, e-mails, whatsapp, e a dark web, onde o conteúdo não é rastreável e crimes bárbaros são perpetrados, como pedofilia, encomenda de assassinatos, venda e compra de drogas, tráfico de entorpecentes – tudo com pagamento em bitcoin.

Segundo o palestrante, o facebook acompanha a vida de quatro bilhões de pessoas, embora tenha apenas dois bilhões de usuários. Na verdade, o facebook fez a maior compra da história ao adquirir o whatsapp por US\$ 19 bilhões.

“A questão é: é lícito oferecer comunicação criptografada? A Rússia proibiu o Telegram. Em maio de 2016, o juiz Marcel Montalvão, de Lagarto (SE), em investigação de tráfico de entorpecentes, determinou a interceptação de mensagens do whatsapp e decretou a prisão do vice-presidente do Facebook para a América Latina e finalmente a suspensão do serviço por 72 horas. Tudo porque o facebook não atende a justiça, mas a ordem judicial não foi cumprida».

Ao final, o juiz Marcus Abreu destacou que, ao contrário do que possa parecer a primeira vista, os temas têm ligação direta com o dia a dia contemporâneo, incidindo diretamente na rotina pessoal, familiar e social do cidadão comum.

Autor - O livro Cyberterrorismo: a nova era da criminalidade, escrito pelo juiz palestrante, integra a coleção Cybercrimes, da Editora D'Plácido e, apesar de focar na defesa estratégica, aborda temas atuais como uso por organizações criminosas de aplicativos de mensagens, uso de dados e metadados em investigações criminais, extensão e aplicações da dark web, conceito e alcance das fake news, influência e perspectivas das redes sociais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Curso de Preparação para Adoção debate vinculação afetiva - 19/10/2018



Teve início na noite de quinta-feira (18), no plenário do Tribunal do Júri do Fórum da Capital, o segundo módulo do Curso de Preparação para Adoção (CPA), pré-requisito obrigatório para quem pretende adotar. A capacitação, que segue nesta sexta-feira, a partir das 19 horas, é transmitida por videoconferência e conta com a interação com os participantes das comarcas de Ponta Porã, Nioaque, Bela Vista, Paranaíba e Glória de Dourados.

A abertura da segunda etapa do CPA foi proferida pela juíza Katy Braun do Prado, titular da Vara da Infância, da Adolescência e do Idoso, e, em seguida, houve a apresentação e convite aos participantes para conhecerem e divulgarem o Projeto Padrinho. Os pretendentes assistiram ainda ao vídeo da palestra do psicólogo Jeferson Renato Montreosol sobre os diferentes tipos de família.

Na sequência, os participantes acompanharam uma palestra com a psicóloga Jackeline Martini, que falou sobre a questão da vinculação afetiva no desenvolvimento da personalidade e, principalmente no contexto de crianças que estão em acolhimento, o quanto isso é importante para que elas construam uma nova história.

Nesta sexta-feira, haverá o depoimento de uma mãe adotiva, seguida da palestra do psicólogo Lucas Rosa sobre o desenvolvimento infantil e da adolescência. No encerramento desta etapa os participantes apresentarão capítulos do livro *Pedagogia da Adoção*, de Luiz Schettini Filho.

Saiba mais – Dividido em quatro módulos, o Curso de Preparação para Adoção abrange diversos assuntos relacionados à infância e adolescência, tendo como foco central uma reflexão sobre toda a realidade de quem pretende adotar.

Cada módulo do curso é composto por dois dias consecutivos de treinamento. O público com 100% de frequência no curso recebe o certificado, que tem validade de três anos. A qualquer tempo, dentro deste período, o interessado pode ingressar na próxima etapa do processo de adoção.

O terceiro módulo desta edição do CPA será nos dias 8 e 9 de novembro, sempre com início às 19 horas, no plenário do Tribunal do Júri do Fórum da Capital.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Pós-Graduação em Gestão Judiciária aumentará qualidade dos serviços do TJMS

23/10/2018



Terminaram, na sexta-feira (19), as aulas do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Gestão Judiciária, resultante da parceria do Tribunal de Justiça de MS, por meio da Escola Judicial (Ejud-MS), com a Faculdade de Direito (Fadir) da UFMS. A especialização teve como acadêmicos servidores, juízes e dois desembargadores. No último encontro, ocorrido no Novotel, o Coral do TJMS brindou os estudantes concluintes com uma apresentação musical primorosa.

O curso teve carga horária de 360 horas-aulas, na modalidade presencial, com aulas a cada 15 dias. A capacitação começou em agosto de 2017 e foi o resultado das tratativas do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Diretor-Geral da Ejud-MS, e do Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Vice-Diretor, para que o curso se tornasse uma realidade.

A Especialização Lato Sensu trouxe aprendizado diferenciado, principalmente na área da administração, contribuindo para a melhoria na gestão e no atendimento aos jurisdicionados, já que o corpo discente era composto por magistrados e servidores.

Na avaliação do Des. Marcelo Câmara Rasslan, um dos acadêmicos da especialização, foi uma oportunidade de conhecer caminhos da gestão moderna e fazer um intercâmbio de ideias com os servidores que atuam em diversos setores do Tribunal.

“Tivemos a oportunidade de conhecer a capacidade e o conhecimento dos servidores do quadro do TJMS e da quantidade de competências que são atribuídas aos diversos setores no Judiciário. Mais que isso, os professores nos apresentaram vários caminhos para solucionar problemas que enfrentamos no dia a dia, seja na atividade-fim, em termos jurisdicionais, seja nas atividades-meio, que nos levam a prestar a jurisdição de uma forma mais célere e também efetiva”, contou o magistrado.

A capacitação possibilitou aos servidores e aos magistrados condições para se aperfeiçoarem e poder, com isto, melhorar sua produção profissional, o que trará impactos positivos no melhor atendimento ao jurisdicionado. A demanda de qualidade surge da própria sociedade que entende que magistrados e servidores são gestões de recursos e devem dar tratamento adequado à coisa pública.

A Professora Doutora Andrea Flores, coordenadora da pós-graduação da Fadir/UFMS, destacou a formação do curso, que envolveu profissionais de diferentes áreas do TJMS. “Tivemos como alunos servidores, juízes e desembargadores, e foi um troca de experiências entre ele e a possibilidade de se aprofundar naquilo que é o seu trabalho, mas não é da sua área da formação. Um magistrado, por exemplo, tem uma grande bagagem de conhecimento jurídico, mas talvez não tenha nenhum na área de administração. E foi neste ponto que focamos”, disse a docente, contando que sentiu o grande interesse dos participantes, o que deve trazer melhorias no serviços do Poder Judiciário.

Convênio - Durante dois anos, por meio da Ejud-MS, o Tribunal de Justiça e a UFMS, por meio da Fadir, realizaram tratativas para formação e criação do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Gestão Judiciária.

O Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Diretor-Geral da Ejud-MS, e o Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Vice-Diretor, fizeram diversas reuniões com representantes da Universidade e do curso de Direito até chegarem a apresentação do curso, uma forma de estimular o aperfeiçoamento profissional do quadro do TJMS e aumentar a qualidade na gestão de recursos e na prestação jurisdicional.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Seção Especial Cível publica novo IRDR sobre a técnica do art. 942 do CPC 23/10/2018



Está disponível no portal do TJMS novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), admitido e publicado recentemente pela Seção Especial Cível do Tribunal de Justiça de MS. Neste, que é o quinto IRDR do TJMS, abordou-se um aspecto da técnica de julgamento delineada no art. 942 do CPC/2015.

Para ter acesso a este e outros IRDRs, basta entrar no site do Tribunal de Justiça, no link <https://www.tjms.jus.br/projetos/nugep/index.php>, e clicar na aba “Temas IRDR”. Neste espaço estão todos os temas já admitidos pelo Poder Judiciário estadual, que tem aplicação em todo o Estado de MS.

O Incidente nº 5 teve a admissão decidida no plenário da Seção Especial Cível do TJMS no dia 1º de março, com publicação no Diária da Justiça do dia 21 de setembro. Ele trata de interpretação restritiva ou ampla sobre questão referente à obrigatoriedade, ou não, de aplicação da técnica de julgamento delineada no art. 942 do CPC/2015, quando o recurso de apelação cível for desprovido por maioria.

A decisão é da lavra do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte que, em seu voto, assim se manifestou: “Suspendo, porém, outros feitos eventualmente existentes nesta Corte, que apresentem a mesma controvérsia ocorrida após a instauração do presente incidente”.

O IRDR foi admitido, por unanimidade, por se tratar de caso de repetição de processos que contenham a mesma controvérsia e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Acesso – Na página do TJMS, os advogados e demais operadores do Direito também têm acesso aos Incidentes de Assunção de Competência (IAC) e processos sobrestados. O sistema de consultas é vinculado ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep) e busca dar ampla publicidade aos precedentes e incidentes. Ali é possível visualizar a data de distribuição, o número do processo, em qual órgão julgador está e qual magistrado é o relator. Também é possível ver qual o assunto principal e seu status atual.

Em outra aba pode-se consultar os Processos Sobrestados (Resolução nº 235, do CNJ) que tem as mesmas informações dos IRDR e IAC, além da informação do tema, um número criado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou Superior Tribunal de Justiça (STJ), que define um assunto de grande repercussão, suspenso para análise da orientação que as cortes terão que ter sobre o tema.

Normatização – O Provimento nº 394, de 20 de junho de 2017, criou o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep), no âmbito do TJMS, sendo vinculada à Vice-Presidência.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 235/2016 dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil (CPC).

No próprio CPC, no § 5º do seu art. 927, prevê: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

O Incidente de Assunção de Competência (IAC) está previsto no art. 947 do CPC que diz: “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é previsto no art. 976, que diz: “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça de MS inicia a Campanha de Natal 2018 - 25/10/2018



Mais uma vez, por meio do Pacijus, o Tribunal de Justiça de MS fará a alegria de idosos e crianças de diversas entidades de acolhimento e projetos sociais de todo o Estado. Esta será mais uma oportunidade de estender a mão a quem precisa de carinho, um ato fraterno.

A Campanha de Natal do Pacijus começou em 2009 e já atendeu mais de 17.400 crianças. A vontade de ajudar foi tanta que, desde então, o TJMS realiza novas edições todos os anos, sempre visando melhorar o Natal de crianças carentes, cujas famílias não têm condições de oferecer um presente nesta data.

E os pequenos não economizam na criatividade na hora de dizer o que desejam ganhar do Bom Velhinho: motocicletas, kits de maquiagem, carrinhos, celular, tablet, bicicletas, calça, tênis e até kits de shampoo, condicionador, sabonete líquido e perfume. Contudo, os desejos são sempre fáceis de atender.

A exemplo da campanha de 2016, os idosos também desejam ser presenteados. Os vovôs e vovós, quase na totalidade, pedem roupas. Importante lembrar que as pessoas interessadas em apadrinhar podem escolher, se desejarem, uma criança e um idoso. Não há qualquer restrição quanto ao número de vezes em que se deseja distribuir solidariedade.

Então, se você estava esperando essa oportunidade, acesse o site www.tjms.jus.br/pacijus, escolha uma criança e/ou um idoso e clique em “Quero Apadrinhar”. Participe dessa ação fraternal e faça a alegria de crianças e idosos nesse Natal.

Saiba mais -Para participar da iniciativa, as entidades que cuidam de crianças ou projetos sociais interessados devem ser cadastrados. Assim, as assistentes sociais das comarcas do interior têm até esta sexta-feira (26) para enviar a lista de crianças e idosos a serem apadrinhados.

Mais informações podem ser obtidas pelo 3314-1667.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juizes de MS são palestrantes em seminário do IBDFAM - 26/10/2018



Foto: Gustavo Lima (STJ)

Ontem e hoje (26), o auditório do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sedia o II Congresso do IBDFAM Centro-Oeste, tornando Brasília a capital do Direito de Família, e dois juizes sul-mato-grossenses estão entre os renomados palestrantes: Saskia Elisabeth Schwanz e Fernando Moreira Freitas da Silva.

Com o tema “A parentalidade na contemporaneidade”, o evento discute de forma interdisciplinar e com olhar de profissionais que atuam em diferentes estados da federação, resultando na pluralidade de percepções e em um cenário de ampla reflexão sobre a família na contemporaneidade.

A juíza Saskia, da 1ª Vara de Família e Sucessões de Campo Grande, falará no painel Filiação - Construir e Desconstruir, quando tratará de questões de parentalidade biológica, afetiva e registral, ao abordar a prática forense nas ações de investigação de paternidade, negatória de paternidade e multiparentalidade.

“Abordarei a importância do vínculo biológico (exame de DNA) de um filho com seus pais, além da importância do vínculo afetivo que se forma com os padrastos e madrastas, os quais, com o tempo, aumentam os laços de afetividade e assumem esse filho. Assim, por vezes, há famílias em que existem, por exemplo, uma mãe e dois pais (o biológico e o afetivo), sendo permitido registrar a multiparentalidade no Registro de Nascimento de uma criança, com base em decisão do STF, em repercussão geral”, explicou a juíza.

A decisão do Supremo Tribunal Federal mencionada pela juíza é a que a Corte fixou tese nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Questionada sobre a importância desse debate na atual realidade brasileira, Saskia apontou que o tema tem importância porque qualquer pessoa vive em família, e esta tem proteção constitucional, é considerada a base da sociedade.

“E na realidade das famílias da atualidade, com a admissão no nosso ordenamento jurídico do divórcio, do reconhecimento e dissolução da união estável, namoros, os casais se unem e se separam quando a relação acaba, e depois têm novas uniões, das quais nascem filhos, e por conseguinte vão surgindo diferentes formatos de famílias. E todos merecem respeito e seus direitos tutelados”, concluiu.

O juiz Fernando Moreira, da 2ª Vara Cível de Sidrolândia, estará no mesmo painel e falará sobre a decisão do IBDFAM de propor uma nota técnica contra o Estatuto da Adoção, que foi uma iniciativa do próprio IBDFAM.

“Em tempos em que se procura enfraquecer o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o IBDFAM decidiu retroagir e não propor a retirada da matéria da adoção do ECA, colaborando para fortalecê-lo. Proponho que elaboremos um projeto de lei para alterar o ECA, trazendo os principais pontos do Estatuto da Adoção para dentro do ECA”, explicou.

Para os que não conhecem Projeto de Lei do Estatuto da Adoção (PL nº 394/2017), citado pelo magistrado, está tramitando no Senado Federal. A proposta foi idealizada e elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) em defesa de regras próprias para a adoção. A ideia é simplificar o sistema, considerado lento, e evitar que as crianças envelheçam sem conseguir uma nova família.

Quando da apresentação do PL, o Estatuto da Adoção foi considerado um divisor de águas na vida de crianças e adolescentes que estão sob a tutela do Estado, nas instituições de acolhimento.

Evento - São dois dias de imersão sobre o estudo da parentalidade na contemporaneidade, dividido em quatro painéis, com abordagem de 35 palestrantes sobre o tema central.

A ideia é proporcionar um congresso diferenciado, com um olhar interdisciplinar. Participam magistrados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, advogados e demais interessados no debate do tema.

De Mato Grosso do Sul participam ainda os advogados Bruno Terence Romero e Líbera Copetti de Moura Pereira, presidente do IBDFAM/MS.

O II Congresso do IBDFAM Centro-Oeste reúne na realização: IBDFAM nacional, IBDFAM-DF, IBDFAM-GO, IBDFAM-MT e IBDFAM-MS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comitê de Gênero define regulamentos em segunda reunião - 26/10/2018



O Comitê de Gênero, Raça e Diversidade do TJMS, criado pela Portaria nº 1.347/2018, realizou nesta sexta-feira (26) a segunda reunião. Foram definidas regras e formas de identificação de problemas e ações de melhoria no ambiente profissional, nos aspectos físicos, sociais, psicológicos e organizacional.

O comitê é um órgão auxiliar permanente da estrutura do Tribunal de Justiça de MS, em razão do compromisso do TJMS com a concretização dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal e nos Pactos Internacionais.

“Hoje definimos o regulamento do comitê e algumas questões para iniciar as atividades. Buscamos informações junto aos servidores, principalmente para se aferir as dificuldades encontradas no dia a dia. Nas próximas reuniões traremos soluções para as questões já descobertas e faremos encaminhamentos para amenizar as dificuldades”, ressaltou o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, que coordena o comitê.

Além do desembargador, duas juízas, um representante da Direção-Geral, um da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, um da Secretaria da Comunicação, um da Secretaria de Gestão de Pessoal, uma servidora, um servidor negro, um servidor com deficiência e um servidor LGBTI compõem o Comitê. A composição poderá ser modificada a cada dois anos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS é destaque em lançamento de livro no TJRJ - 30/10/2018



O Tribunal de Justiça de MS, mais uma vez, foi destaque no cenário jurídico nacional ao ter citado no livro *Magistratura do Novo Milênio: Autoridade com Alteridade*, de autoria do Des. Caetano Fonseca Costa (TJRJ), uma ação que desenvolve em território sul-mato-grossense: o Mãos EmPENHAdas Contra a Violência.

A solenidade de lançamento da obra foi realizado na Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e a juíza que responde pela a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, Jacqueline Machado, prestigiou o evento.

No Mãos EmPENHAdas Contra a Violência, que capacita profissionais de beleza para serem multiplicadores contra a violência de gênero, foram 40 estabelecimentos parceiros, mais de 160 profissionais capacitados em Campo Grande, mais de 3.500 pessoas tiveram acesso ao material; 640 pessoas buscaram informação sobre a temática; 56 clientes relataram que estavam em situação de violência, 39 consultores da Mary Kay receberam a capacitação, além de profissionais capacitados com a interiorização do programa.

Livro – A obra literária mostra a trajetória de dois personagens, Eduardo e Mônica. Ele é um jovem negro, de origem humilde, morador de comunidade, que se forma em Direito e sonha em prestar concurso para a magistratura. Mônica, uma jovem branca, de classe alta, que frequentou as melhores escolas, também cursa Direito e pretende seguir carreira como juíza.

Apesar do recurso ficcional, o autor observa que não se trata de uma obra de ficção. “Na verdade, usamos os personagens e suas marcas de gênero e raça para analisar como a interpretação das leis é influenciada pela vivência pessoal, história, origem e formação, entre outros fatores”, explica o Des. Caetano.

Em trechos do livro, o autor afirma que a criatividade do juiz parece não ter limites, tendo em vista a percepção da juíza do TJMS ao ver que as mulheres falavam espontaneamente da violência sofrida durante tratamentos em salões de beleza, fator que levou o justiça de MS a capacitar profissionais da área para orientar suas clientes sobre seus direitos previstos em lei.

“Esse lindo e relevante projeto parte da troca produtiva de ideias entre mulheres e suas relações familiares problemáticas, com o eixo na violência doméstica, para devidamente treinados e capacitados, os colaboradores orientarem suas clientes na procura e no acesso aos serviços oficiais da rede de enfrentamento e proteção à mulher”, escreveu o desembargador.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Juízes federais visitam Cijus para conhecer CPE - 30/10/2018



Com objetivo de conhecer o funcionamento da Central de Processamento Eletrônico (CPE), uma das propostas de maior sucesso da justiça sul-mato-grossense, dois juízes federais visitaram, na manhã desta terça-feira (30), o Centro Integrado de Justiça (Cijus). Pela excelência nos resultados do trabalho e por ser uma inovação, a CPE vem ganhando destaque como Cartório do Futuro e despertando interesse por parte de vários tribunais brasileiros.

Assim, a juíza Luciana Ortiz Costa Zanoni, diretora do foro da Seção Judiciária de São Paulo, e o juiz Décio Gabriel Gimenez, vice-diretor do foro da Seção Judiciária de São Paulo, foram recepcionados pelo juiz Wilson Leite Corrêa, diretor da CPE, e por Conceição Pedrini Pereira, diretora da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau.

Os visitantes relataram que a intenção é implantar na justiça federal, começando pela Seção Judiciária de São Paulo, a proposta de MS, por isso vieram saber mais sobre a implantação e a forma de atuação da CPE. Eles visitaram também às dependências da CPE para ver de perto toda a estrutura física responsável por tamanha celeridade processual.

A Central de Processamento Eletrônico iniciou sua atuação em 2013, nas varas de execução penal do Estado e depois alcançou as varas dos juizados de comarcas do interior. Desde julho de 2016, tem atuado nos juizados da Capital, iniciando seus trabalhos na 1ª Vara do Juizado Central e apresentando resultados significativos.

O diretor da CPE respondeu também questionamentos sobre a uma forma de trabalho utilizada pelos servidores lotados na Secretaria Judiciária de Primeiro Grau (CPE): o teletrabalho. “Temos obtidos resultados animadores com os servidores que já aderiram esse formato de trabalho, embora haja espaço suficiente e totalmente adequado para quem está na CPE”, afirmou Wilson.

Segundo Conceição Pedrini, o dia a dia da CPE demonstra que o trabalho é especializado, feito por pessoas comprometidas, tornando o movimento processual mais rápido, embora muitos procedimentos ainda sejam realizados nos cartórios. “Temos também um Comitê de Governança que auxilia quando existe algum entrave. Recebemos magistrados de vários Estados interessados na CPE”, contou.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Eleita a administração do TJMS para o biênio 2019/2020 - 31/10/2018



Nesta quarta-feira (31), o Tribunal Pleno reuniu-se para eleger quem dirigirá os rumos do Poder Judiciário de MS no biênio 2019/2020 e, por votação dos desembargadores, o Des. Paschoal Carmello Leandro assumirá a Presidência, o Des. Carlos Eduardo Contar responderá pela Vice-Presidência e o Des. Sérgio Fernandes Martins será o Corregedor-Geral de Justiça.

Após ser eleito presidente, o Des. Paschoal agradeceu a confiança nele creditada para administrar o Tribunal de Justiça de MS no próximo biênio. “Sinto-me envaidecido em ser eleito e, em razão da excelente administração do colega Divoncir: serena, equilibrada e transparente, tenho certeza que faremos as tratativas rotineiras da transição administrativa com tranquilidade e em breve lapso temporal”, disse.

O presidente eleito comprometeu-se a ouvir os colegas, notadamente os que cumpriram nos últimos anos o mister de presidir o Poder Judiciário Sul-mato-grossense, visando o aprimoramento das atividades administrativas e jurisdicionais no Tribunal de Justiça.

“Nossos pensamentos estarão voltados à valorização dos magistrados e de todos os servidores de 1º e 2º graus, intensificando a qualificação e o aprimoramento indispensáveis à melhoria na prestação jurisdicional. E, nesse desiderato, utilizaremos os recursos tecnológicos, já conquistados e a conquistar, e com os meios de solução de conflitos reduzir a judicialização. Adotaremos medidas possibilitando o estreitamento nas relações institucionais com o CNJ e os Tribunais Superiores, assim como os poderes Executivo e Legislativo estadual, federal e municipal. Tenho certeza que, na árdua tarefa de dirigir o Poder Judiciário de MS, contarei com a valorosa colaboração dos nobres pares, em especial dos colegas eleitos a Vice-Presidente e Corregedor-Geral de Justiça, os quais parabênizo pela almejada conquista!”.

Conheça - Saiba quem administrará o Poder Judiciário Sul-mato-grossense.

Paschoal Carmello Leandro é natural de Corumbá e formado pela Faculdade de Direito de São Carlos (SP). Ingressou na magistratura em maio de 1983, quando foi nomeado para exercer o cargo de juiz substituto na 5ª Circunscrição, em Aquidauana. Em maio de 1984, foi promovido para judicar em Rio Brillhante, comarca de 1ª entrância.

Em maio de 1986 foi promovido para 2ª entrância e passou a atuar na 2ª Vara da Comarca de Jardim. Em 1990 assumiu como juiz de entrância especial na 5ª Vara Criminal de Campo Grande. A pedido,

foi removido para a 7ª Vara Criminal na Capital e, em 1994, teve sua designação alterada para a 3ª Vara Criminal de Campo Grande, onde permaneceu até ser promovido a desembargador, em fevereiro de 2005. É presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais.

Carlos Eduardo Contar nasceu em Campo Grande e atuou no Ministério Público por 20 anos e 8 meses. No primeiro concurso realizado após concluir o curso de Ciências Jurídicas, assumiu o cargo de promotor de justiça substituto, em 1986. No dia 22 de julho de 2001, após percorrer todas as instâncias da carreira no Ministério Público Estadual, assumiu a função de Procurador de Justiça.

No cargo de procurador de justiça, entre outras funções, foi coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Habitação e Urbanismo e do Patrimônio Histórico e Cultural. Ingressou na magistratura como desembargador na vaga correspondente ao Quinto Constitucional reservada ao Ministério Público em 2007. Tomou posse como Corregedor-Geral de Justiça no dia 12 de julho 2018.

Sérgio Fernandes Martins é natural de Dourados, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e mestre em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho, do Rio de Janeiro. Ingressou na magistratura como desembargador na vaga correspondente ao Quinto Constitucional, reservada a advogados, em novembro de 2007.

Foi membro do Comitê Executivo Nacional do Fórum de Assuntos Fundiários do CNJ de 2009 a 2014. Eleito para compor o Tribunal Regional Eleitoral, como substituto, para o biênio 2017/2018. Designado Corregedor-Geral de Justiça Adjunto para o período de 18 de julho de 2018 a 31 de janeiro de 2019.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Bela Vista desativa semiaberto e presos usarão tornozeleiras - 31/10/2018



O juiz Vinicius Pedrosa Santos, da comarca Bela Vista, realizou audiência coletiva, nesta terça-feira (30), para desativar o regime semiaberto da comarca, que funcionava na Delegacia de Polícia Civil. Com a reunião, ficou definido que os apenados irão usar equipamento de monitoramento à distância, por meio de tornozeleira eletrônica. Participaram da audiência representantes do Ministério Público, da OAB, da Defensoria Pública e da Agepen.

A medida foi tomada depois do pedido de providências, solicitado pelo magistrado para apoio na remoção dos presos do regime semiaberto de Bela Vista, encaminhada por intermédio da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (COVEP). Em despacho saneador, de julho deste ano, o juiz de Bela Vista disse que a melhor forma de resolver o problema da precariedade da Delegacia de Polícia seria o uso do monitoramento remoto, solicitando a disponibilização de tornozeleiras eletrônicas para a COVEP.

A Agepen disponibilizou as tornozeleiras para serem usadas em Bela Vista e os apenados serão monitorados 24 horas por dia, pela Unidade Mista de Monitoramento Virtual de MS, que funciona em Campo Grande. Caso haja descumprimento das medidas impostas, como estar fora de casa no recolhimento noturno, o monitorado é imediatamente procurado pela polícia, que irá agir. O Estado de MS tem contrato para 2.000 equipamentos ao custo de R\$ 230 mensais, cada unidade.

Serão beneficiados imediatamente 13 apenados, com a decisão que determina que permaneçam em recolhimento domiciliar, salvo se tiverem autorização para trabalhar, devendo informar o endereço correto da residência, do local de trabalho e eventuais alterações. Na audiência desta terça-feira, os monitorados ficaram advertidos de que devem manter a integridade do equipamento e observarem as proibições descritas no art. 36 do Provimento 151/2017 da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS. Caso haja o descumprimento das condições, o preso pode sofrer sanções, como a regressão do regime.

O juiz Vinicius Pedrosa explicou que a delegacia já havia sido interditada por determinação judicial, sendo muito precárias as condições do semiaberto, que funcionava na unidade da Polícia, com problemas sanitários e de segurança. Ele ressaltou também o empenho do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, supervisor da COVEP à época, em dar uma resposta adequada ao problema carcerário da comarca.

“Os problemas de segurança pública existentes nesta comarca de fronteira são manifestos e já foram objetos de exame mais minucioso por este magistrado da ACP 542-82.2012, em que ficou provada a precariedade das condições de segurança da carceragem da Delegacia de Bela Vista e concluiu que os

internos são submetidos a condições insalubres e com violação de seus direitos”, disse Pedrosa, em decisão de julho de 2018.

O juiz acredita que o uso do monitoramento remoto traz vários benefícios, como a melhora nas condições de trabalho dos policiais civis e a efetiva fiscalização do apenado. “Eles já ficam soltos durante o dia para trabalhar, mas não podemos saber se efetivamente exercem atividade lícita. Com as tornozeleiras podemos saber exatamente onde estão. A observância exata das condições pelos apenados foi muito bem explicada na audiência e no momento da instalação do equipamento, cujo descumprimento trará sanções”, disse.

Regulamentação – A Corregedoria-Geral de Justiça editou o Provimento nº 151/2017, que regulamenta o monitoramento em âmbito estadual. Pela norma da Corregedoria, a monitoração eletrônica e a vigilância telemática posicional à distância de pessoas acontecem nos casos de pessoas sob medida cautelar, medida protetiva ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar sua localização.

O monitoramento eletrônico deve respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada e indicará a distância, o horário e a localização em que se encontra, além de outras informações úteis à fiscalização judicial do cumprimento de suas condições. Tudo isso preservando o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada.

Ainda segundo o Provimento nº 151, os equipamentos de monitoração eletrônica serão disponibilizados pela Secretaria de Justiça e Segurança Pública, por meio da Agepen, para utilização pelas unidades judiciárias criminais e de execução penal do Poder Judiciário de MS.

O planejamento da utilização e da distribuição equitativa dos equipamentos de monitoração eletrônica, disponibilizados ao Poder Judiciário, será realizado pela Coordenadoria das Varas de Execução Penal de MS (Covep).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza do TJMS ganha prêmio nacional de Direitos Humanos - 01/11/2018



A juíza Coordenadora da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, Jacqueline Machado, ganhou o prêmio de Direitos Humanos 2018, na categoria Mulher.

O Prêmio Direitos Humanos é uma honraria concedida, desde 1995, pelo Governo Federal a pessoas e organizações cujos trabalhos em prol dos direitos humanos sejam merecedores do reconhecimento e destaque por toda a sociedade. A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria, estará em Brasília para a premiação no dia 21 de novembro, às 10 horas, no Ministério de Direitos Humanos.

Nesse ano, a entrega do prêmio coincide com o 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, o prêmio pretende ser um importante instrumento de mobilização da sociedade brasileira para difusão do conteúdo do trabalho feito por organizações e pessoas em prol dos direitos sociais.

Serão premiadas 15 categorias: promoção e defesa dos direitos humanos; educação em direitos humanos; crianças, adolescentes e jovens; pessoas idosas; mulheres; pessoas com deficiência; igualdade étnica e racial; indígenas e povos tradicionais; diversidade sexual e de gênero (LGBTI); terra e conflitos agrários; moradia e conflitos urbanos; polícia, segurança pública e sistema penitenciário; migrantes e refugiados; liberdade religiosa; outras ações diretamente relacionadas aos direitos humanos de pessoas ou grupos vulneráveis.

Mais de 70 trabalhos, de todas as regiões do Brasil, foram inscritos e na categoria Mulher destacou-se o Mãos EmPENHadas Contra a Violência. Importante lembrar que o programa começou quando a juíza de MS percebeu que as mulheres falavam espontaneamente da violência sofrida durante tratamentos em salões de beleza.

Destaque-se que o Mãos EmPENHadas Contra a Violência visa capacitar profissionais da área de beleza para orientar as clientes sobre seus direitos previstos em lei. Na Capital foram mais de 160 profissionais capacitados de 40 estabelecimentos parceiros, mais de 3.500 pessoas tiveram acesso ao material; 640 pessoas buscaram informação sobre a temática; 56 clientes relataram que estavam em situação de violência, 39 consultores da Mary Kay receberam a capacitação, além de profissionais capacitados com a interiorização do programa.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Diretor-geral da Ejud-MS participa do evento 30 Anos de Constituição Federal 05/11/2018



Legenda: Des. Júlio Cardoso e Min. Gilmar Mendes

O diretor-geral da Escola Judicial de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS), Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, está em Brasília-DF para participar do evento 30 Anos de Constituição Federal “Desafios Constitucionais de Hoje e Propostas para os Próximos 30 Anos”, realizado pela Editora Fórum, nos dias 5 e 6 de novembro.

O evento terá 10 painéis de discussões e conta com a participação, como conferencistas, dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre Moraes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Barroso, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, além do ministro aposentado Carlos Ayres Britto e do professor Catedrático J.J. Gomes Canotilho.

O evento discute os temas mais urgentes da Carta Magna brasileira. No primeiro dia (5), a Ministra Cármen Lúcia abordou o tema “As Mudanças Constitucionais pelo Supremo em 30 anos”. O Ministro Carlos Ayres Britto abordou o tema “A incomparável Força Normativa da Constituição”. O ministro Gilmar Mendes abordou o tema “Balanço Geral dos 30 Anos da Constituição Federal”. O ministro Edson Fachin abordou o tema “Constitucionalização do Direito na Jurisdição do STF”. O ministro Ricardo Lewandowski abordou o tema “Direitos Fundamentais após a Constituição de 1988”. E o ministro Luiz Fux abordou o tema “Os Valores Morais da Constituição Federal de 1988: Uma Visão Prospectiva”.

Nesta terça-feira (6), o ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, aborda o tema “O Poder Judiciário aos 30 Anos da Constituição”. O ministro Alexandre de Moraes aborda o tema “A Estabilidade Institucional nos 30 Anos da Constituição Federal”. E no último painel do Evento, o ministro Luís Roberto Barroso aborda o tema “30 Anos da Constituição Federal: A República que ainda não foi”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Encontro permite troca de experiências entre juízes dos Juizados Especiais 08/11/2018



Com o auditório cheio de juízes da Capital e do interior, e programado para ser um estudo sobre os juizados, além de uma oportunidade para troca de experiências, começou a nesta quinta-feira (8) o V Encontro Estadual dos Juízes dos Juizados Especiais, que será realizado até sábado em Campo Grande, pelo Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, presidido pelo Des. Paschoal Carmello Leandro, por meio da Escola Judicial de MS (Ejud-MS).

Na abertura, o Des. Paschoal lembrou que a justiça especializada dos juizados cumpre o papel de facilitar o acesso à justiça, reinventando-se todos os dias, com demandas de interesse da maioria da população. Para ele, o aumento do volume de processos se dá em razão principalmente por abarcarem assuntos relativos ao direito do consumidor e questões referentes à saúde.

O desembargador contou que, em regra, os juizados de MS alcançaram bons índices de produtividade e que o Conselho de Supervisão vem mantendo contato constante com os magistrados, sempre elogiando os que apresentam uma produtividade relevante. Ele fez questão de frisar que todos os magistrados colaboram com o Conselho de Supervisão.

“Esse encontro visa não só o aprimoramento dos nossos conhecimentos jurídicos, mas a troca de experiências com colegas que atuam há mais tempo nos juizados e com aqueles que ingressaram recentemente na magistratura. O foco é a conscientização dos magistrados, no sentido de que se os juizados encontram-se no nível em que estão atualmente, deve-se ao ótimo trabalho desenvolvido por todos que atuam com maestria nessa área. O juiz, como bom gestor, é aquele que vai além de despachos e sentenças: ele gerencia recursos e pessoas”, disse.

O diretor-geral da Ejud, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, lembrou que os tribunais devem estar atualizados com o que há de novo no Direito e que o Poder Judiciário de MS sempre teve dirigentes diligentes nos juizados especiais, tanto que essa é a quinta edição do encontro estadual.

“Temos uma expectativa muito grande, inclusive uma nova sinalização que surgiu esse ano por orientação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam): ao final de cada encontro são elaborados os enunciados para serem equiparados aos demais encontros para que haja uma uniformização em termos de decisões dos juizados especiais”.

A juíza diretora do Foro dos Juizados Especiais, Sandra Regina da Silva Ribeiro Artioli, afirmou que os juizados cresceram muito, não só no número de demanda, mas na complexidade e diversidade das matérias, além do expressivo número de juízes que atuam.

“Temos hoje, em números proporcionais, nos juizados um número muito maior que na própria justiça comum, e temos que dar uma resposta a essa demanda, atender o anseio da sociedade de uma forma rápida e eficaz, por isso precisamos dessa atualização técnica. A lei vem sofrendo várias alterações e um dos impactos nos juizados foi o Novo CPC. Assim, temos como finalidade nesse encontro discutir mudanças e inovações nas legislações, não apenas as específicas dos juizados, mas todas que impactam no sistema dos juizados especiais”.

Além dos desembargadores Paschoal e Júlio, dos juízes da Capital e do interior, prestigiaram a abertura do evento o presidente em exercício do TJMS, Des. Julizar Barbosa Trindade; o Defensor Público Geral, Luciano Montali; o presidente da Assembleia Legislativa de MS; Junior Mochi; o procurador-geral adjunto do Estado; Fernando Cesar Zanele, o Des. Roberto Portugal Bacellar (TJPR), o conselheiro Arnaldo Hossepian Junior (CNJ) e o juiz Maurício Ferreira Cunha, coordenador dos Juizados Especiais de Poços de Caldas (MG).

Palestras – Em três dias de muito trabalho, os palestrantes compartilharão seus conhecimentos com os juízes sul-mato-grossenses.

O primeiro a falar foi o juiz Maurício Ferreira Cunha. Ele confessou ser uma honra voltar a MS e agradeceu o convite para conversar sobre o microsistema dos juizados especiais e os reflexos do Novo CPC nesse sistema. Ele lembrou que, na semana passada, houve alteração da Lei nº 9.099 com a inserção do art.12-A, dizendo que os prazos processuais nos juizados serão contados em dias úteis, resolvendo uma polêmica que abrangia todo o país.

“Alguns Estados entendiam que eram dias corridos, outros que eram dias úteis. Além dessa novidade, vamos debater pontos importantes que sofreram reflexo do Novo CPC como, por exemplo, o julgamento de improcedência liminar do pedido, a possibilidade expressa de admissão do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, aspectos inerentes à fazenda pública, que passa por um momento turbulento, enfim, a intenção é debater com os juízes e, ao mesmo tempo, aprender. A expectativa é muito boa e parabênz a organização pela realização do evento”.

A seguir, falou o conselheiro Arnaldo Hossepian, que fez um relato histórico do Fórum de Saúde do CNJ e pediu aos juízes participantes que se unam ao Des. Nélio Stábile, coordenador do Comitê Estadual do Fórum do Judiciário para a Saúde.

“O NatJus é uma realidade e minha vinda a MS objetiva mostrar o projeto e-Natjus, além de sensibilizá-los do que estamos fazendo, pedindo aos senhores um voto de confiança para que este projeto seja experimentado. Temos compromisso com os resultados, com a judicialização bem trabalhada, para entregar o direito que é, de fato, devido”.

No período da tarde, o tema Conciliação nos Juizados Especiais foi abordado pelo Des. Roberto Portugal Bacellar e para encerrar as atividades do primeiro dia, o juiz Ricardo Cunha Chimenti tratou da Aplicabilidade do novo CPC nos Juizados Especiais.

Nesta sexta-feira (9), as discussões ficarão restritas aos enunciados e, no sábado (10), uma plenária será realizada para a votação dos enunciados.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJMS participa de reunião com o presidente do STF e do CNJ 08/11/2018



Foto: Carlos Moura/SCO/STF

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, participou, nesta quinta-feira (8), da primeira reunião conduzida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Dias Toffoli, com os presidentes dos 27 Tribunais de Justiça do País desde que assumiu o comando do Poder Judiciário, em setembro. De acordo com o ministro, o diálogo será constante em busca de soluções para os problemas que são comuns a todos os estados e para a adoção de boas práticas. O ministro Toffoli quer que a Justiça Estadual estimule e adote como meta a solução de casos por meio da conciliação. Atualmente, a meta é válida apenas para as Justiças do Trabalho e Federal. Outra meta que o presidente do STF e do CNJ quer ver encampada pela Justiça comum dos estados é a prioridade no julgamento de processos que envolvem violência doméstica. O ministro destacou o aumento dos casos de feminicídio registrados no País e afirmou que a sociedade cobra respostas da Justiça.

Na Justiça Estadual tramitam cerca de 80% dos processos ajuizados no País. As metas serão discutidas e definidas no XII Encontro Nacional do Poder Judiciário, a ser realizado em Foz do Iguaçu (PR) nos dias 3 e 4 de dezembro próximo.

Na reunião, também foram discutidos temas como a necessidade de se priorizar a tramitação dos processos que envolvam a prática de crimes dolosos contra a vida. Segundo o ministro Toffoli, o Judiciário é comumente apontado como o responsável pela impunidade, sendo que em muitos dos homicídios sequer há investigação adequada que aponte a autoria, fato que impede a formulação de denúncia. Também foi informado que, sob coordenação do CNJ, está sendo organizada uma “ação de conciliação” para dar vazão a processos envolvendo o acordo firmado por poupadores em relação aos expurgos inflacionários dos planos econômicos sobre as contas de poupança.

O ministro relatou aos presidentes dos TJs os resultados da reunião que teve com os ministros do Tribunal de Contas da União (TCU) e dos Tribunais de Contas dos estados, como a criação do Comitê de Priorização dos Processos Relativos a Grandes Obras no Brasil, que funcionará como um espaço de diálogo. Ele destacou ainda a necessidade de munir o comitê com informações dos tribunais que permitam identificar os processos relativos a grandes obras que estejam paralisadas por decisão judicial e comparar com os dados dos Tribunais de Contas. Também foi discutida uma atuação conjunta para o enfrentamento dos problemas relativos ao sistema carcerário.

No âmbito do STF, o ministro Toffoli apresentou aos presidentes dos TJs a reestruturação administrativa que adotou, como a criação dos núcleos de repercussão geral e do núcleo de agravos. Para o ministro, a interlocução com a segunda instância é fundamental na consolidação dos mecanismos de repercussão geral (no STF) e dos representativos de controvérsia (no STJ), na medida em que dará mais condições de identificar os temas que devem receber prioridade de análise. Toffoli informou que já liberou a pauta do Pleno do STF até o final do ano e que sua ideia é liberar, em dezembro, a pauta do primeiro semestre de 2019. Por isso, ressaltou, é importante que os Tribunais apontem os casos de maior relevância e impacto que estão no STF em grau de repercussão geral para que possam ser priorizados.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações do site do STF

Reunião do Comitê da Saúde debate medicamentos do SUS e Vara especializada 09/11/2018



Na tarde desta quinta-feira (8), os membros do Comitê Estadual do Fórum do Judiciário para a Saúde, sob a coordenação do Des. Nélio Stábile, reuniram-se no Salão Pantanal para debater questões relacionadas à judicialização da saúde. O conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e coordenador do Comitê Nacional da Saúde, Arnaldo Hossepian Junior, participou do encontro.

Um dos pontos debatidos foi a proposta de se ter varas especializadas ou privativas em Saúde Pública ou Suplementar. Na visão do Des. Nélio Stábile, existem algumas possibilidades de se solucionar a questão. “Temos propostas como de se ter duas varas especializadas na Capital, de modo que tenham competência para demandas do interior também. Também haveria a possibilidade de se ter, em Campo Grande, uma vara da fazenda pública que ficasse encarregada das demandas da saúde pública, uma cível da saúde suplementar e, em cada comarca do interior, uma vara especializada”, disse o magistrado de MS.

Durante a reunião, Stábile afirmou que o pedido de especialização, conforme predilecionado pelo próprio CNJ, já passou pela Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, com parecer positivo, o que pode viabilizar as varas especializadas em judicialização da saúde na Capital e no interior para o ano de 2019.

Em Mato Grosso do Sul, foram distribuídas quase 6 mil ações pedindo a efetivação do direito à saúde. Até o começo de novembro foram solicitados, por magistrados estaduais, 5.631 pedidos para a elaboração de pareceres técnicos do NAT Jus, que subsidiam suas decisões. O pedido por medicamentos chega a 500 por mês. Pedidos de cirurgias ortopédicas 395 e de outras cirurgias 253. Estes números são relativos a todas as comarcas de MS.

Para o conselheiro do CNJ, Arnaldo Hossepian Junior, os instrumentos que o Executivo e as agências reguladoras colocam à disposição da população devem estar em consonância com a Constituição Federal de 88, qualificando a judicialização da saúde. “Que haja, conforme a ideia do art. 6º da Constituição, a saúde de forma universalizada. Procurando oferecer à população tudo aquilo que a evidência científica revela de melhor para o resgate à saúde das pessoas. Isto trará uma judicialização qualificada, baseada na medicina da evidência”, pontuou Hossepian.

Na reunião do Comitê foi apresentado o Programa de Inteligência Artificial (BI), já utilizado no NAT Jus e a página do Comitê Estadual do Fórum do Judiciário para a Saúde no portal do TJMS, onde estão diversas informações sobre o tema. Para acessar basta entrar no link <http://www.tjms.jus.br/nat/>.

O medicamento Enoxaparina, usado para mulheres que tenham trombofilia durante a gravidez, foi outro tema debatido. O remédio foi incorporado pelo Sistema Único de Saúde, em janeiro de 2018, com prazo para disponibilização em 180 dias pela Secretaria Estadual de Saúde (SES), mas não está disponível, ainda, para a população por questões administrativas no âmbito da União.

Homenagens – Durante a reunião do Comitê do Judiciário para a Saúde, o conselheiro do CNJ, Arnaldo Hossepian Junior, foi homenageado pela Assembleia Legislativa de MS, com uma comenda de autoria do deputado Paulo Siufi, que é membro do Comitê, mas não estava presente. A homenagem foi entregue pelo Des. Nélio Stábile. Outra homenagem foi prestada pela Câmara Municipal de Campo Grande, que agraciou Hossepian com o título de visitante ilustre por proposição do vereador Hederson Fritz, que entregou a placa de homenagem. O legislador municipal também faz parte do Comitê da Saúde.

Conheça – O Comitê Estadual do Fórum do Judiciário para a Saúde reúne-se periodicamente para discutir questões afetas à saúde, por ter a função de aconselhar e sugerir aos entes federativos, magistrados, classe médica e demais operadores do Direito medidas que visem amenizar o problema da judicialização da saúde.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cijus reduz acervo processual e garante rapidez no andamento de ações - 12/11/2018



Prestes a completar dois anos de existência, o Centro Integrado de Justiça (Cijus) reduziu significativamente o volume de processos em andamento, vencendo a distribuição e cumprindo em 113% a Meta 1 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece aos tribunais julgar mais processos do que os distribuídos. Com isso, atualmente uma ação é sentenciada nos juizados entre 70 e 90 dias após o seu ajuizamento.

Quando começou a funcionar no final de 2016, o Cijus possuía um acervo de cerca de 39 mil ações em andamento. Atualmente, mesmo incorporando uma nova vara (a 5ª Vara do Juizado Especial), que antes funcionava na UCDB, e enfrentado a crescente demanda, o Cijus possui em torno de 36 mil ações em andamento.

Destaque para a 2ª Vara do Juizado que, graças ao grande volume de ações baixadas, hoje opera com 2.852 processos em andamento, seguida da 10ª Vara do Juizado, com 3.448 ações e a 1ª Vara do Juizado que possui 3.611 processos em tramitação, segundo aponta levantamento estatístico do último dia 31 de outubro.

Para explicar este quadro de reversão, a juíza diretora do Foro dos Juizados Especiais, Sandra Regina da Silva Ribeiro Artioli, explica que o fato deve-se a um somatório de fatores: “um deles, evidentemente, é o trabalho que vem sendo realizado pela CPE (Central de Processamento Eletrônico), onde nós tivemos uma redução de vários atos processuais, uma concentração maior de atos, e redução de procedimentos desnecessários, além das especialidades das matérias que são cumpridas por equipes específicas com conhecimento bem adiantado naquelas questões, então toda esta gestão da CPE fez com que o processo tramitasse muito mais rápido”.

Além disso, a nova forma de cartório, onde há a redução de atividades que demandavam muito tempo dos servidores, como o atendimento ao público, também contribui. “Deste modo, o efetivo do cartório concentrado no expediente externo tem também canalizado o trabalho para o cumprimento de atos específicos, que tem feito com que o processo tramite de forma muito rápida, e assim o processo chega com rapidez ao gabinete do juiz”, destaca a magistrada.

“Esta gestão enxuta hoje do processo, que reduziu várias etapas desnecessárias e também a rápida correção de erros ou de situações irregulares, todas estas práticas somadas estão proporcionando este cenário atual onde há uma redução considerável dos processos em andamento”, ressaltou a juíza.

Inclusive, aponta a juíza diretora, os dados estatísticos já mostram uma reversão, na qual a tendência pela procura pelos juizados, proporcionalmente, já é maior do que a da justiça comum, e isto não só em Campo Grande, mas no Estado como um todo.

Embora seja difícil especificar um tempo médio, completa a juíza, é possível dizer que o processo de conhecimento tramita muito rápido nos juizados. “Entre 70 e 90 dias já temos uma sentença, a demora hoje se dá mais na fase de cumprimento de sentença, sobretudo na questão da busca de bens ou de atos expropriatórios para a satisfação do crédito ou do cumprimento da obrigação”.

“Este ainda é nosso maior problema, mesmo fazendo uso de facilitadores como Renajud, Bacenjud, etc, é hoje nosso maior gargalo para a efetiva resolução da demanda. Por isso, temos procurado solucionar de outras maneiras como a autocomposição, conciliações, mediações e mutirões”, concluiu.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Semana da Conciliação totaliza mais de R\$ 82 mi em acordos homologados 13/11/2018



A Semana da Conciliação terminou na última sexta-feira (9) e somou R\$ 82.230.707,00 em acordos homologados em Mato Grosso do Sul. Mais que números e valores em dinheiro, a iniciativa, proposta pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e realizado todos os anos pelo Poder Judiciário de MS, deu visibilidade aos métodos autocompositivos de solução de conflito. Uma forma de resolução que faz com que as próprias partes dialoguem e cheguem a um acordo bom para ambas.

Segundo os números totalizados, foram designadas 5.008 audiências conciliatórias, das quais 3.897 foram efetivamente realizadas. Deste total, 2.808 acordos foram firmados, pondo fim a processos e ao litígio entre as pessoas envolvidas. 9.558 pessoas foram atendidas durante os cinco dias de trabalhos.

Segundo o juiz Cezar Luiz Miozzo, um dos coordenadores do evento em Mato Grosso do Sul, os dados são positivos e cada caso tem a sua importância, seja pelo valor dos acordos ou, simplesmente, por finalizar um conflito.

“Esta Semana da Conciliação de 2018 foi muito produtiva na medida que tivemos um número expressivo de acordos e os valores homologados foram altos. Contudo o mais importante é ver que a conciliação faz, cada vez mais, parte da vida em sociedade. O valor da ação é apenas um dos indicadores, que demonstram que os métodos autocompositivos são benéficos e fazem parte de uma justiça efetiva”, disse Miozzo.

O magistrado explicou que, nos casos em que não se chegou a um acordo, as partes já tiveram um primeiro contato com a metodologia e dialogaram em ambiente conciliatório, o que é positivo e pode se transformar em um acordo no futuro.

Relembre – No terceiro dia da Semana da Conciliação, a comarca de Ponta Porã realizou um acordo no valor de R\$ 650.000,00, em apenas uma audiência de processo que englobou outros seis processos da 2ª e 3ª Varas Cíveis. Em Amambai, um inventário foi solucionado, após cinco anos de andamento do processo. O acordo somou mais de R\$ 73 milhões e elevou os valores totais da Semana da Conciliação.

Outro destaque do evento foi o trabalho da 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, nos dois primeiros dias. O trabalho resultou em 81 acordos, somando R\$ 1.166.298,28 em acordos homologados pela vara.

A Semana da Conciliação está em sua 13ª Edição e demonstrou, mais uma vez, que pela via conciliatória as partes podem chegar a um denominador comum e solucionar seus problemas sem a necessidade de uma decisão judicial.

Em Mato Grosso do Sul, a Semana da Conciliação teve a coordenação do Des. Vladimir Abreu da Silva, coordenador de Conciliação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), e do juiz Cezar Luiz Miozzo, sob a presidência do primeiro.

A Semana da Conciliação aconteceu em todas as comarcas do Estado e mobilizou operadores do Direito e sociedade para disseminar a conscientização e a cultura conciliatória como mecanismo eficiente para a efetiva prestação jurisdicional.

Saiba mais – Incluída no Código de Processo Civil de 2015 como etapa processual obrigatória, a solução de conflitos pela via da conciliação dispensa a atuação imediata de advogados e do juiz, que apenas valida formalmente os acordos negociados entre as partes.

A conciliação pode ser utilizada em quase todos os casos: pensão alimentícia, divórcio, desapropriação, inventário, partilha, guarda de menores, acidentes de trânsito, dívidas em bancos e financeiras e problemas de condomínio, entre vários outros. Exceção para casos que envolvam crimes contra a vida (homicídios, por exemplo) e situações previstas na Lei Maria da Penha.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Fonajuv: juízes da infância querem contribuir para melhorias na socioeducação

14/11/2018



Foi um dia de muito trabalho, já que juízes de 21 estados e do Distrito Federal estiveram reunidos na Capital de MS no XXIII Fórum Nacional de Justiça Juvenil (Fonajuv), um dos eventos mais importantes na área da infância e juventude para atualização e intercâmbio das experiências bem-sucedidas entre juízes que atuam na área protetiva e na área socioeducativa.

Na pauta estiveram a maioria penal, o andamento do Projeto de Lei de alteração do ECA quanto ao sistema socioeducativo, de relatoria do deputado Aliel Machado; o monitoramento eletrônico de adolescentes em conflito com a lei: possibilidades, pressupostos, requisitos e durabilidade; a unificação da medida de prestação de serviços à comunidade; e a antecipação cautelar de prova por meio do depoimento especial, nos procedimentos infracionais.

Para a juíza Katy Braun do Prado, Coordenadora da Infância e Juventude de MS, o Fonajuv é um fórum muito ativo que teve grande importância na construção do sistema socioeducativo brasileiro. Ela explica que a Lei do Sinase foi inspirada nas discussões promovidas pelo Fonajuv e, sendo esse órgão antenado com o momento atual no país, não abriu mão de discutir a redução da maioria penal e enunciados que auxiliam os juízes por todo o Brasil na aplicação de medidas socioeducativas, de forma unificada.

“Para Mato Grosso do Sul é um privilégio receber esse grupo de juristas tão qualificado e que traz para os juízes que atuam na área da infância e juventude em território sul-mato-grossense a experiência, o conhecimento doutrinário e a inspiração que leva os adolescentes, que tiveram a infelicidade de estar em conflito com a lei, a uma ressocialização”.

Katy destacou a participação maciça dos juízes da infância e juventude de MS e lembrou que um integrante da magistratura sul-mato-grossense, o juiz Roberto Ferreira Filho, já presidiu o Fonajuv, e atualmente o juiz Eguiliell Ricardo da Silva, que atua como 1º Secretário do Fórum.

“O Fonajuv é um órgão independente, que congrega todos os juízes da infância e juventude, para discussão de assuntos especializados na área juvenil. E foi ele que inspirou a criação do Fonajup, porque os juízes da área protetiva não estavam congregados e, a partir do exemplo do Fonajuv, os juízes da área protetiva criaram um fórum com a mesma finalidade, buscando uma especialização”, concluiu ela.

O presidente do Fonajuv, juiz Carlos José Limongi Sterse, destacou que o Fórum

retornou ao formato anterior: há uma apresentação sucinta de alguns temas e cada estado discute e demonstra sua posição. De acordo com Sterse, a intenção é levar ao presidente eleito Jair Bolsonaro as expectativas e anseios dos juízes da infância.

“Nossa discussão principal, em razão da bandeira da maioria penal, foi esse tema. Queremos levar ao futuro ministro da Justiça, Sérgio Moro, nosso pleito e mostrar o que pensam os juízes da infância a esse respeito, além das sugestões para a não redução da maioria penal, mas para elevar o tempo de internação e de que forma isso poderia ser feito”, explicou.

Sterse falou também do projeto apresentado pelo Fonajuv, que tramita no Congresso Nacional. “Pelo PL aumenta-se o prazo de internação por até 10 anos, já que o tempo de internação hoje é de três anos. O projeto sofreu emendas e já está quase indo para votação. Discutimos os encaminhamentos e como fazer nossa parte no Congresso para que isso chegue a bom termo”, declarou.

O presidente do Fonajuv foi enfático ao afirmar que quem mais conhece a área da infância é o juiz que nela atua. “Gostaríamos de ser ouvidos, dizer a razão de acreditarmos que a redução da maioria penal, por si só, não resolverá o problema: na verdade, vai agravar porque esse adolescente que entra no sistema penal vai sair um dia e, quer se queira ou não, nosso sistema socioeducativo tem mais chance de recuperar do que o sistema criminal. Precisamos de um investimento maior na área socioeducativa. Acreditamos que esse sistema recupera mais e que esse adolescente pode ter uma nova chance de se reintegrar na sociedade”, finalizou.

José Antonio Daltoé Cezar, presidente da Abraminj, apontou que a discussão sobre a redução da maioria penal é resultante do fato de que o presidente eleito Jair Bolsonaro vem pontuando muito a questão.

“Sós somos contra e vamos querer oferecer alternativas, por isso a discussão foi ampla. Iremos procurar o Executivo e oferecer proposições, no nosso entender, mais satisfatórias e simples do que a redução da idade penal. Nas questões socioeducativas, os colegas têm experiências maravilhosas por todo o Brasil e essa é a oportunidade de compartilhá-las”.

Questionado sobre o grande número de participantes, Daltoé defende que a representação de 22 estados é resultado das Coordenadorias se darem conta que esses encontros são muito importantes para levar práticas positivas para seu estado. “Não precisamos inventar nada onde já foi inventado. Esse contato pessoal de colegas que já têm essas experiências e levam para outros estados. E isso é muito importante”.

Homenagens – No meio do encontro, um momento de reconhecimento, quando a atual diretoria entregou um diploma para os presidentes que comandaram os destinos do Fonajuv nesses 10 anos de existência.

Foram homenageados os juízes Leoberto Narciso Brancher (RS), considerado por todos como aquele que deixou um legado; Humberto Costa Vasconcelos Jr. (PE), Roberto Ferreira Filho (MS) e Ana Cristina Borba (SC).

Ao final, vieram as deliberações administrativas e foram criadas três comissões: Comissão Técnica Científica, Comissão Legislativa e Comissão de Boas Práticas. Ficou definido ainda que o próximo encontro será em Palmas (TO), em data a ser definida.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

14ª Vara Cível de Campo Grande zera acervo de processos físicos - 19/11/2018



Foi entregue na tarde desta segunda-feira (19) a digitalização do acervo de processos físicos da 14ª Vara Cível de Campo Grande. Da breve solenidade participaram o juiz diretor do Foro da Capital, Ariovaldo Nantes Correa, e o juiz que responde pela vara, José de Andrade Neto.

Ao longo de nove meses foram digitalizados 416 processos, em um total de 169.686 páginas digitalizadas. Além da 14ª Vara Cível, foram digitalizadas seis varas criminais, quatro varas de família, uma vara de direitos difusos e 12 varas cíveis, incluindo os processos redistribuídos para as varas cíveis especiais.

O juiz diretor do foro explicou que tem realizado o ato cada vez que é concluída a digitalização em determinada vara como forma de destacar e valorizar o trabalho realizado pela equipe de digitalização do Fórum, junto com cada cartório.

O chefe de cartório da 14ª Vara Cível, Edson Caires Simões, destacou que o resultado da digitalização não beneficia apenas o quadro funcional do Poder Judiciário, que não mais precisa manusear processos antigos no papel, mas também advogados e jurisdicionados que têm acesso mais fácil a essas ações, agora em formato digital.

O setor de digitalização do Fórum tem a tarefa de liquidar com o acervo físico de processos anteriores à digitalização das varas. A equipe concluiu também a digitalização da 1ª Vara Criminal, que deve ser entregue ainda nessa semana. As próximas varas que irão zerar o estoque de processos físicos são a 2ª e a 3ª Varas de Fazenda Pública Estadual, além da 5ª, 13ª e 15ª Varas Cíveis.

Saiba mais – O setor de digitalização auxilia também a distribuição do Fórum, digitalizando os processos vindos de outras comarcas e os redistribuídos entre as varas.

Quando da criação das varas de violência doméstica, o setor também ajudou na digitalização do acervo físico, bem como das varas da infância.

O Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Enapa de Bonito marca a história dos encontros de grupos de adoção - 19/11/2018



Com um jantar de confraternização e muita animação, ao som do grupo Zíngaro, terminou na noite deste sábado (17) a 23ª edição do Encontro Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção (Enapa), em Bonito. Com o tema Adotar é + que Bonito, o Enapa é um dos mais importantes eventos da América Latina para quem trabalha com adoção.

Organizado pelo Grupo de Apoio à Adoção Afagas, de Sidrolândia, com total apoio do Poder Judiciário de MS, por meio da Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS (CIJ) e da 2ª Vara de Sidrolândia, além de outros parceiros, a edição do evento em Mato Grosso do Sul foi considerada um sucesso.

Na abertura, prestigiando o evento estava o casal Viviane Alves e Des. Divoncir Schreiner Maran, presidente do TJMS e defensor da causa da infância e juventude. Ele elogiou o preparo do evento e não escondeu o encantamento com a acolhida, além do grande número de participantes, que ultrapassou a marca de 900 inscritos.

O Des. Alexandre Bastos também participou do Enapa, nos três dias de trabalho, e ressaltou a importância de se ter um encontro dessa grandeza em território sul-mato-grossense coordenado por um juiz de MS. “Vou encaminhar pedido de anotação de elogio, para efeito de promoção, para o juiz Fernando Moreira Freitas da Silva, da 2ª Vara de Sidrolândia, em razão do trabalho realizado para o Enapa de MS”.

A juíza Katy Braun do Prado, Coordenadora da Infância e da Juventude de MS, foi uma das conferencistas. Ela acompanhou com entusiasmo o evento em razão do alto nível das discussões, citando que temas controvertidos a respeito do direito da convivência familiar e comunitária foram discutidos.

“O que mais me chamou a atenção foi o compromisso que os grupos de adoção têm apresentado não só com a preparação dos habilitados e com o apoio pós-adoção, mas também com ações espalhadas por todo o país para fortalecer o vínculo familiar de crianças em situação de vulnerabilidade”, destacou a coordenada da CIJ.

O juiz Maurício Cleber Miglioranzi Santos, grande defensor da causa e pai por adoção, considerou o Enapa muito importante para MS pela participação de inúmeras equipes técnicas, que puderam interagir com os grupos de apoio à adoção e ouvir um pouco das experiências e demandas dos pretensos pais adotivos.

“Foi um grande aprendizado para todos e uma evolução para os processos de destituição familiar. Tivemos palestras do prof. Paulo Lépure e de professores da USP que trataram da questão do parto anônimo, uma novidade na legislação brasileira. Essa difusão da informação para toda a rede técnica é muito importante e vamos aproveitá-la na comarca de Corumbá, onde temos muitas mães com dificuldades, mães usuárias que, muitas vezes, procuram o amparo do Estado para que o filho tenha uma oportunidade. Um aprendizado para as equipes técnicas de MS e uma lição de que é possível fazer mais por essas mães, sempre priorizando o bem-estar da criança e do adolescente”, apontou o juiz que atua em Corumbá.

Foram três dias de muito trabalho, com palestrantes renomados, discussão de temas polêmicos, troca de experiências, porém, o mais importante foi a convivência afetiva dos integrantes de grupos de apoio à adoção de todas as unidades da federação. Ao final, foram anunciadas as próximas sedes do encontro: em 2019, o XXIV Enapa será em Blumenau e em 2020, Aracaju (SE) receberá o grande encontro.

Durante o evento, três defensores da causa foram homenageados com a Comenda Decebal Andrei: Halia Pauliv, Suzana Schettini e Luiz Schettini Filho. Muito aplaudidos ao receberem a honraria, eles não esconderam a surpresa com o reconhecimento.

Para Halia Pauliv, professora, escritora, palestrante por todo o Brasil sobre temas como Adoção, Educação e Sexualidade, o Enapa de Bonito foi abrangente, com temas necessários tanto jurídicos como em aspectos sociais, com destaque para o acolhimento.

“O prêmio foi uma surpresa muito agradável, que gerou uma emoção, afinal são 20 anos de trabalho voluntário. Toca a alma. Foi realmente um evento muito gostoso, especial e acolhedor, porque formamos um grupo cheio de amor e o Enapa é recheado de amor”, disse a autora de várias obras publicadas.

A psicóloga Suzana Schettini, professora, escritora, palestrante e ex-presidente da Angaad, definiu o Enapa de Bonito como extraordinário, pela magnífica oportunidade de conviver três dias com atores sociais que trabalham pela adoção, em um ambiente carinhosamente preparado, com temas muito importantes.

“Saímos gratificados, animados, incentivados para prosseguir na batalha, na luta diária pela garantia do direito à família a todas as crianças e adolescentes. Certamente, Bonito trouxe uma grande contribuição nessa caminhada. A cada ano, cada Enapa, avançamos um pouquinho na união do trabalho, na parceria, no compartilhar das experiências, no número de pessoas que chegam para engrossar a massa crítica que busca um mundo melhor para crianças e adolescentes”.

Sobre a comenda, Suzana confessou ter ficado emocionada por ter sido a primeira medalha que recebeu em mais de 60 anos, mas enfatizou que a maior gratificação é perceber os resultados do trabalho, o número de crianças com possibilidade de adoção e de famílias que se formam por amor, além do grande entendimento que a sociedade está tendo da adoção.

“Evidentemente foi um carinho da equipe e me senti lisonjeada, mas a verdade é que muitas pessoas mereceriam uma medalha também porque ninguém faz nada sozinho. Temos um contingente imenso de pessoas que trabalham no movimento nacional de apoio à adoção. Não buscamos medalha, trabalhamos porque gostamos, porque é missão de vida. Emocionou-me porque jamais pensei em receber uma medalha pelo trabalho em adoção”, esclareceu ela.

O psicólogo, filósofo, teólogo e psicoterapeuta de crianças, adolescentes e adultos, Luiz Schettini Filho, também homenageado, contou que já participou de 20 edições do Enapa, não estando somente nas três primeiras, pois trabalha pela causa da adoção a cerca de 50 anos.

“Posso fazer um percurso histórico e esse Enapa ultrapassou todas as expectativas na organização, dinâmica, mas sobretudo na conjunção das pessoas que vieram do Brasil inteiro se reunir em Bonito para

uma convivência muito intensa. Para mim, foi uma emoção diferente de outras. Acho até que é por eu estar com 83 anos e encontrar pessoas que eram crianças quando eu ajudava a organizar os Enapas, que hoje são adultos e trazem seus filhos. Uma coisa muito boa e indescritível”, explicou.

Luiz é pai de cinco filhos adotivos e confessou ficar tocado com a homenagem. “Primeiro porque não esperava e depois porque não havia a necessidade. A maior homenagem é ouvir das pessoas que me falam individualmente sobre os livros que escrevo na área da adoção, sobre minhas falas aqui e acolá. Toda recompensa que eu poderia ter é dessa forma, mas compreendo que as pessoas queiram tornar público esse sentimento. É bom saber que estão dizendo alguma coisa boa do que tentamos fazer e, em Bonito, isso teve um significado maior provavelmente do que seria em algum outro canto qualquer”, concluiu Schettini.

O juiz coordenador de Enapa de MS, junto com o grupo Afagas, Fernando Moreira, destacou a presença de várias personalidades do mundo jurídico, da psicologia, da medicina, da assistência social, discutindo, de maneira interdisciplinar, a adoção. Para ele, ainda há muito a fazer, pois as novidades significam que não se está parado.

“Em MS estamos fazendo muita coisa em matéria de adoção. Temos muitos desafios pela frente e para isso precisamos de debate. Temos muito a aprender um com o outro e esse encontro é a grande oportunidade para isso. A partir do Enapa, tiramos grandes lições. Mesmo os que não querem adotar saem com o coração transbordando de alegria, de aprendizado. Recebi mensagens de pessoas de todo o país dizendo que saem daqui transformadas”, disse ele ao final do evento.

Participaram do encontro os juízes Eguiliell Ricardo da Silva, Walter Arthur Alge Netto, Raul Ignatius Nogueira, Melyna Machado Mescouto Fialho, Thielly Dias de Alencar Pithan e Silva, Alessandro Leite Pereira, Giuliano Máximo Martins, Paulinne Simões de Souza, Samantha Ferreira Barione, além de promotores, defensores, palestrantes renomados nacional e internacionalmente, integrantes de grupos de adoção de todo o Brasil.

No evento, produtos feitos no Ateliê D’Cela marcaram o momento ressocialização para os participantes. Para quem não conhece, o Ateliê D’Cela é um projeto implantado pela juíza Samantha Barione, na comarca de São Gabriel do Oeste, para a ressocialização de presas que produzem artesanato para venda e arrecadação de verbas para sua manutenção.

Segundo a juíza Samantha Ferreira Barione, da 1ª Vara da comarca, o projeto Ateliê D’Cela surgiu da necessidade de se criar vagas de trabalho dentro do Estabelecimento Penal Feminino de São Gabriel do Oeste.





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cozinha e Voz visa empregabilidade e autonomia financeira a mulheres 20/11/2018



O projeto Cozinha e Voz já está na fase da capacitação em assistente de cozinha para mulheres vítimas de violência doméstica e para aquelas que cumprem pena. Vinte mulheres já passaram pela capacitação da oficina de poesia, que começou no dia 12 de novembro. A ação foi trazida para Campo Grande, pelo Tribunal de Justiça de MS, por meio da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar e da Escola Judicial (Ejud-MS). As aulas são ministradas no Senac Gastronomia e Turismo, na Capital.

O objetivo é inserir essas mulheres no mercado de trabalho, de forma qualificada, algo muito distante da realidade que vivenciavam. Com isso, a autonomia econômica poderá ajudar muitas delas a sair de relacionamentos abusivos e outras a mudar de vida, explica a juíza Jacqueline Machado, que trouxe o projeto para MS para ajudar na empregabilidade das mulheres vítimas de violência. A juíza é Coordenadora Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar e está a frente da 3ª Vara de Violência Doméstica, que funciona na Casa da Mulher Brasileira.

“Distribuímos as vagas entre as mulheres vítimas de violência, nosso público-alvo, e mulheres encarceradas. Isso porque muitas estão na prisão por realizarem delitos por determinação e coação de seus parceiros. Queremos inseri-las no mercado de trabalho para que sejam economicamente independentes, saindo dos relacionamentos abusivos e adquirindo autonomia financeira”, pontuou.

Essa é a esperança de Maria José, 44 anos, que ainda está cumprindo pena no regime semiaberto pelo crime de tráfico de drogas, levada pelo companheiro. Maria diz que ama cozinhar de tudo, menos frutos do mar. Segundo ela, basta amor e carinho para a comidinha ficar boa. Ela disse que, quando soube, lutou muito para estar entre as escolhidas para o projeto.

“Eu fiz um show para entrar. Eu pedi para participar de qualquer forma e fui escolhida, porque já trabalhei lá dentro (unidade penal) de cozinheira e eles sabiam desse sonho. Quero ser alguém na vida, porque sem o diploma ninguém dá valor no nosso trabalho”, conta Maria, agradecendo a quem a escolheu para o projeto.

Para a idealizadora do projeto Cozinha e Voz, chef Paolo Carosella, essa é a transformação na vida das pessoas que a fez criar a iniciativa, replicada em vários estados como Bahia, Goiás e São Paulo.

“Eu cozinho há 27 anos e isso é a minha vida. Neste tempo, percebi que as pessoas vinham para trabalhar como assistente de cozinha com pouca ou nenhuma experiência. Então surgiu a ideia de aliar a capacitação a um trabalho social, beneficiando grupos como mulheres negras, vítimas de violência e até o público transexual”, contou a cozinheira.

Em MS o projeto tem a temática regionalizada em seus pratos. Os representantes vieram um mês antes para conhecer os produtos do Estado para montar as refeições elaboradas.

“Os pratos são um pretexto para as aulas. Com isso, apresentamos os utensílios, as técnicas, o gestual e o léxico da cozinha e a hierarquia na cozinha. Acho que este projeto é uma correção da injustiça social, dando oportunidade a essas mulheres”, disse Neide Rigo, nutricionista e uma das responsáveis pelo curso de assistente de cozinha do projeto.

O Projeto Cozinha e Voz é uma parceria do Tribunal de Justiça, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), do Ministério Público do Trabalho 24ª Região, com o apoio do Senac Gastronomia e Turismo e da Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel).

A Secretaria Municipal de Educação de Campo Grande (Semed) também foi parceira nessa iniciativa, proporcionando vagas temporárias em creches para os filhos das participantes do curso. Uma iniciativa que deu a possibilidade das mulheres realizarem o curso com segurança de que seus filhos estão bem cuidados.

Esta é a primeira vez que este curso é direcionado ao público de mulheres em situação de violência doméstica, mulheres em cárcere e egressas do sistema prisional, pensando justamente na vulnerabilidade econômica e financeira, bem como sua difícil (re)inserção no mercado de trabalho.

Os cursos são realizados em novembro e a primeira atividade foi a oficina de poesia, em que as participantes trabalharam a oralidade e a expressão da linguagem por meio da poesia. O curso é apresentado por Elisa Lucinda, conhecida nacionalmente por seus trabalhos em novelas como “Viver a Vida” e “Mulheres Apaixonadas”. Além de trabalhos na TV e no cinema, Lucinda se dedica também à literatura (especialmente a poesia), ao jornalismo e à música popular.

A outra vertente do projeto, que proporcionará a empregabilidade, é o curso de assistente de cozinha, realizado no Senac Gastronomia e Turismo. O curso será conduzido por Paola Carosella, conhecida por ser uma das juradas do Show de Talentos “MasterChef Brasil”. As mulheres terão a oportunidade de conhecer e aperfeiçoar técnicas da culinária, proporcionando a possibilidade de ingressarem no mercado de trabalho ou apostarem no empreendedorismo.

Ao final do curso, no dia 28 de novembro, haverá um evento de formatura e todas as participantes receberão certificado. A Abrasel, pela primeira vez, participa do projeto Cozinha e Voz e está comprometida em oportunizar vagas para as mulheres em vulnerabilidade de emprego que participarem da capacitação e preencherem o perfil da empresa.

Conheça – O projeto nasceu em São Paulo, onde já foram realizadas duas edições. Na capital paulista, o programa do curso de assistente de cozinha foi elaborado pela chef de cozinha e empresária Paola Carosella, em parceria com o Grupo Educacional Hotec. A primeira versão foi capaz de incluir 70% dos alunos no mercado de trabalho.

Em Goiás, o viés do Projeto Cozinha e Voz é a Empregabilidade Trans. Trinta e cinco homens e mulheres transexuais e travestis de Goiás foram selecionados para participar da iniciativa.

No Rio de Janeiro e no Pará já foram ofertados cursos nos mesmos moldes também voltados para mulheres e homens transexuais e travestis. Já na Bahia será ministrada a mesma capacitação para outro público: jovens negras e negros na comunidade Calabar, em Salvador.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargador e juízes de MS participam do 44º Fonaje - 21/11/2018



O presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Paschoal Carmello Leandro, acompanhado dos juízes Alexandre Branco Pucci, da 6ª Vara da Fazenda Pública e secretário do Conselho, e Francisco Vieira de Andrade Neto, da 2ª Vara e conselheiro do CSJE, participam, de 21 a 23 de novembro, no Rio de Janeiro, do 44º Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje). Com o tema “Judicialização das Relações Sociais”, o evento teve início na manhã desta quarta-feira (21), no auditório do TJRJ.

O foco principal dessa edição será o impacto da atuação das agências reguladoras na atividade econômica e na geração de demandas, com destaque para a falta de mecanismos para a regulação de conflitos gerados pelas relações de consumo, assim como para a intervenção do Poder Judiciário como criador de políticas públicas na área da saúde, finanças, telefonia, energia elétrica, setor imobiliário, entre outros.

O Fonaje teve início com a palestra do ministro Antonio Saldanha Palheiro, do STJ, sobre “A Intervenção Judicial nas Relações Sociais”. A mesa foi presidida pelo desembargador Joaquim Domingos. No decorrer do dia, serão realizados outros três painéis: “Judicialização da Saúde”, “Judicialização das Relações Econômicas e Financeiras: o Superendividamento” e “Judicialização das Relações Econômicas: Direito Imobiliário”.

No dia seguinte, 22 de novembro, serão formados grupos de trabalho que estarão reunidos no período matutino para debaterem questões cíveis, criminais, fazenda pública, e relativas à gestão em Turma Recursal, além do Juizado Itinerante. Após a discussão e o intervalo para o almoço, será apresentado o painel “Judicialização dos Serviços Regulados – Atendimento ao Cliente em Áreas com Acesso Restrito e Perdas de Energia”, seguido dos painéis “Inovações no Processo Criminal do JECRIM” e “A Recuperação judicial e seus efeitos no sistema dos Juizados Especiais Cíveis – Estudo de casos”. As atividades de quinta-feira serão encerradas com a palestra “A Matriz Constitucional dos Juizados Especiais – 30 anos de CRFB”, ministrada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ.

No último dia de evento, 23 de novembro, será realizada a votação, eleição e escolha da sede do próximo Fonaje, a entrega do Troféu Parceiro da Justiça Especial Brasileira, e a palestra de encerramento com o Ministro Luiz Fux, do STF, com o tema “Os Juizados Especiais e a Análise Econômica do Direito”.

Saiba mais – O Fonaje foi instalado em 1997 sob a denominação de Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, e sua idealização surgiu da necessidade de aprimorar a prestação dos serviços judiciários nos Juizados Especiais, com base na troca de informações e, sempre que possível, na padronização dos procedimentos adotados em todo o território nacional.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargadores recebem moção de congratulação pelo Encontro dos Juizados 21/11/2018



Foto: Victor Chileno

O presidente da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul, deputado estadual Junior Mochi, encaminhou uma moção de congratulação ao Tribunal de Justiça de MS pela realização do V Encontro Estadual dos Juízes dos Juizados Especiais, realizado de 8 a 10 de novembro, em Campo Grande. Foram agraciados os desembargadores Divoncir Schreiner Maran, presidente do TJMS, Paschoal Carmello Leandro, presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, e Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Escola Judicial (Ejud-MS), pelo evento que reuniu operadores do Direito para debater sobre o ramo da justiça que está mais próxima do cidadão.

Mochi ressaltou, durante sessão plenária, no dia 13, que o encontro contribui com a evolução do sistema Judiciário em prol do bem do cidadão sul-mato-grossense. O texto aprovado pelos deputados estaduais ressalta que é um dever da Casa de Leis reconhecer e valorizar ações, personalidades e acontecimentos voltados ao desenvolvimento do Mato Grosso do Sul. “Este é o caso do acontecimento ora laureado, que corrobora com as demais ações desenvolvidas por esta laboriosa instituição em prol da defesa e da garantia dos direitos da população sul-mato-grossense”, destacou.

“É importante reconhecer o trabalho que as instituições públicas estão promovendo para debater estratégias com o intuito de levar um melhor atendimento para a população, principalmente se aproximando do cidadão e apresentando alternativas para o bem-estar de todos os moradores de Mato Grosso do Sul”, disse Mochi.

Evento – Durante os três dias do V Encontro Estadual dos Juízes dos Juizados Especiais, foi debatida a justiça especializada dos juizados que cumpre o papel de facilitar o acesso à justiça, reinventando-se todos os dias, com demandas de interesse da maioria da população. Foram três dias de intenso trabalho. No primeiro, palestrantes de renome nacional trouxeram novidades e experiências aplicadas em outros Estados. No segundo dia, os mais de 50 participantes discutiram os enunciados e no sábado houve a discussão e votação em plenária, para redação da Carta do V Encontro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza de MS recebe prêmio de Direitos Humanos em Brasília - 21/11/2018



Nesta quarta-feira (21), a juíza coordenadora da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, Jacqueline Machado, recebeu o prêmio de Direitos Humanos 2018, na categoria Mulher, no Ministério de Direitos Humanos, em Brasília.

Prestigiaram a solenidade de entrega da honraria a juíza Liliana de Oliveira Monteiro, a promotora Luciana Rabelo, a coordenadora federal da Casa da Mulher Brasileira em Campo Grande, Tai Loschi, Carla Stephanini e Luciana Rocha, presidente do Fonavid.

Destaque-se que o prêmio pretende ser um importante instrumento de mobilização da sociedade brasileira para difusão do conteúdo do trabalho feito por organizações e pessoas em prol dos direitos sociais. Esse ano, sua entrega coincide com o 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

“Tão bom ver um trabalho reconhecido!”, postou a juíza em sua rede social, com a hashtag #MaosemPenhadascontraviolencia. Na verdade, mais de 70 trabalhos, de todas as regiões do Brasil, foram inscritos e na categoria Mulher destacou-se o Mãos EmPENHadas Contra a Violência.

O programa começou quando a juíza de MS percebeu que as mulheres falavam espontaneamente da violência sofrida durante tratamentos em salões de beleza. Assim, o Mãos EmPENHadas Contra a Violência visa capacitar profissionais da área de beleza para orientar as clientes sobre seus direitos previstos em lei.

Na Capital foram mais de 160 profissionais capacitados de 40 estabelecimentos parceiros. Mais de 3.500 pessoas tiveram acesso ao material; 640 pessoas buscaram informação sobre a temática; 56 clientes relataram que estavam em situação de violência, 39 consultores da Mary Kay receberam a capacitação, além de profissionais capacitados com a interiorização do programa.

Hoje, foram premiadas 15 categorias: promoção e defesa dos direitos humanos; educação em direitos humanos; crianças, adolescentes e jovens; pessoas idosas; mulheres; pessoas com deficiência; igualdade étnica e racial; indígenas e povos tradicionais; diversidade sexual e de gênero (LGBTI); terra e conflitos agrários; moradia e conflitos urbanos; polícia, segurança pública e sistema penitenciário; migrantes e refugiados; liberdade religiosa; outras ações diretamente relacionadas aos direitos humanos de pessoas ou grupos vulneráveis.

O Prêmio Direitos Humanos é uma honraria concedida, desde 1995, pelo Governo Federal a pessoas e organizações cujos trabalhos em prol dos direitos humanos sejam merecedores do reconhecimento e destaque por toda a sociedade.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ aprova criação de cargos de juiz de direito substituto de segundo grau 21/11/2018



Os desembargadores do Órgão Especial aprovaram, na sessão desta quarta-feira (21), proposta de projeto de lei que cria três cargos de juiz de direito substituto de segundo grau na estrutura de pessoal da magistratura, além de extinguir uma Câmara Cível. O referido cargo passará a integrar a carreira da magistratura estadual.

De acordo com o projeto, por alteração de denominação, a intenção é transformar três cargos vagos de juiz de direito de entrância especial da comarca de Campo Grande em três cargos de juiz de direito substituto em segundo grau, visando imprimir rapidez na substituição de desembargadores em afastamentos e impedimentos, prestigiando a celeridade na segunda instância.

Importante lembrar que o Conselho Nacional de Justiça já reconheceu que o cargo de juiz de direito substituto em segundo grau, devidamente criado por Lei, respeita ao postulado do juiz natural. Além disso, a proposta segue a tendência de Tribunais que já criaram tais cargos, a exemplo do Poder Judiciário da Bahia, Minas Gerais, Paraná, Distrito Federal, Mato Grosso, Santa Catarina e São Paulo, dentre outros.

Destaque-se que Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 81347/SP, firmou jurisprudência no sentido de que o sistema de substituição em segunda instância adotado pelo TJSP, que serviu de inspiração para essa proposta, não é ofensivo à Constituição, e posteriormente reafirmou sua orientação ao editar a Resolução nº 72/2009, que regulamentou a convocação e auxílio de juízes aos tribunais estaduais e federais, autorizando a figura do juiz de direito substituto em segundo grau.

O critério proposto para preenchimento dos cargos em referência dar-se-á por meio de remoção por merecimento e antiguidade, alternadamente, nessa ordem. Além disso, a medida possibilitará economia financeira por não criar novos cargos, apenas utilizando as vacâncias disponíveis e, ao mesmo tempo, atendendo ao direito fundamental da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, em razão do reforço no quantitativo de julgadores em segunda instância, trazendo benefício imediato aos jurisdicionados.

Câmara Cível – No mesmo projeto propõe-se a extinção de uma Câmara Cível, com alteração no Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de MS, passando o TJMS a ter quatro Câmaras Cíveis, composta por cinco ou mais desembargadores, enquanto as Câmaras Criminais serão integradas por quatro ou mais desembargadores.

O critério de extinção considera a Câmara com maior número de membros mais modernos em exercício no Tribunal de Justiça, privilegiando a manutenção das Câmaras com julgadores mais experientes. A referida medida também trará benefícios à sociedade, uma vez que permitirá julgamentos com mais celeridade.

Ressalte-se que a modificação evitará a convocação de desembargadores membros de outras Câmaras para auxiliar no julgamento dos processos em que houver a incidência do art. 942 do Código de Processo Civil, haja vista o aumento do quantitativo de componentes desses Órgãos julgadores.

A prática do julgamento na forma virtual também contribuirá por não exigir pauta rígida para o julgamento, de forma que a redução de uma Câmara em nada afetará a capacidade de julgamento do TJMS, por eventual aumento de processos.

O projeto de lei segue agora para a Assembleia Legislativa.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Acadêmica apresenta projeto do TJMS em Congresso Internacional - 22/11/2018



A Universidade Federal de Mato Grosso do Sul sediou, de 19 a 23 de novembro, o 15º Congresso Internacional de Direitos Humanos, com o tema “Direitos Humanos, Diversidade de Gênero e Trabalho”. Entre os trabalhos apresentados, a acadêmica Izabela Nomura expôs o artigo “A aplicação do modelo da Justiça Restaurativa no âmbito da Execução Penal na Comarca de Campo Grande/MS”.

O artigo cita o programa do Judiciário “Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade”, idealizado pelo juiz Albino Coimbra Neto, como um exemplo prático da filosofia restaurativa, que se mostra como um caminho para que a execução penal possa cumprir o seu papel de reintegrar o preso à sociedade.

A autora, que é formanda em Direito, conta que o tema foi objeto de seu Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). Seu orientador sugeriu então que ela submetesse o trabalho ao Congresso Internacional, tendo sido aprovado e exposto em banner para o público que participou do evento.

Formada também em administração e administração pública, Izabela conta que foi quando começou a estagiar na Defensoria Pública, já cursando a faculdade de Direito, que se aproximou do tema de direitos humanos e conheceu a justiça restaurativa, área que lhe causou muito apreço e que começou a estudar.

Já no seu TCC, foi procurando exemplos de outros Estados a fim de ilustrar sua pesquisa. Foi nessa busca que encontrou notícia que falava de uma iniciativa de MS e, na medida que foi conhecendo, se encantou. “É bom saber que não precisamos ir longe para conhecer exemplos positivos e o projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade é um apaixonante exemplo que deu certo e que espero que seja replicado”.

O estudo dela, aliás, apontou muitos resultados positivos conquistados por meio da ação idealizada pelo Judiciário sul-mato-grossense. “Ao valorizar o trabalho dos detentos, bem como a interação deles com a comunidade – principalmente a escolar – observa-se o postulado de respeito, na tentativa de gradativamente desconstruir uma ideia de preconceito que ainda prevalece no que se refere à situação de egressos do sistema penitenciário de nosso país”, concluiu a acadêmica.

Sobre o programa – O diferencial desta iniciativa inédita no país é que os próprios presos trabalham na obra e todos os custos com materiais são pagos como parte do salário do preso e de outros que estão empregados em órgãos públicos, parques e indústrias da cidade. Isto só é possível por conta

da regulamentação da Portaria 001/2014 da 2ª VEP da Capital, que normatizou o trabalho dos apenados, dentro e fora do presídio, instituindo o desconto de 10% de suas remunerações, que é depositado em uma conta judicial e utilizado para fazer frente a despesas do preso no presídio e, também, fomentar o trabalho prisional, tal como o programa. A normatização está prevista na Lei de Execução Penal, no art. 29 §1º, “d”.

No final de cada semestre uma escola é reformada, contemplando duas por ano. Os detentos são selecionados e contratados pelo Conselho da Comunidade de Campo Grande, órgão fundamental para que o programa funcione e seja um sucesso. O transporte, do presídio até o canteiro de obras, além do salário, são custeados pela Secretaria de Estado de Educação.

O Poder Judiciário realiza as parcerias, fiscaliza e mantém o diálogo institucional, para que o programa realize as reformas. Os detentos que trabalham no programa são do Centro Penal Agroindustrial da Gameleira, que por meio de parceria entre o TJMS, a Secretaria Estadual de Educação e a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), com a participação do Conselho da Comunidade, realizam as reformas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Diretrizes nortearão magistrados que atuam na infância e juventude - 22/11/2018



Legenda: Juízes de MS na diretoria atual da Abraminj

O número de pretendentes à adoção e o número de crianças e adolescentes disponíveis há muito são preocupação para juízes comprometidos com a causa e atuam na área infantojuvenil em todo o país.

Pensando em auxiliar nessa questão, a Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (Abraminj) disponibilizou um documento para nortear a atuação dos operadores do direito infantojuvenil de como proceder na busca de pretendentes à adoção de crianças e adolescentes, inseridos em programas de acolhimento familiar e institucional, que atualmente não possuem correspondentes habilitados no Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

A juíza Katy Braun do Prado, coordenadora da Infância e da Juventude de MS, primeira vice-presidente da Abraminj e uma das responsáveis pela elaboração do documento, explicou que essas diretrizes visam positivar a atuação dos operadores do direito e promover os procedimentos da busca ativa de forma ampla.

“Embora importante, com o sistema atual tem sido difícil promover o encontro de pais e filhos adotivos - principalmente grupo de irmãos, adolescentes ou com necessidades especiais. Diante disso, juízes e tribunais de todo o Brasil estão desenvolvendo projeto e programas para incentivar uma mudança no perfil das adoções brasileiras”, disse Katy.

Na prática, o objetivo é incentivar uma mudança no perfil utilizando mecanismos e ferramentas como palestras, cursos, capacitação de servidores e preparação de habilitandos à adoção. “Crianças não são mercadoria, são seres humanos que demandam prioritária proteção. É para eles que o ordenamento jurídico e as políticas públicas devem funcionar corretamente”, completou ela, citando trecho do documento.

Considerada a complexidade do tema, o documento tenciona apontar diretrizes na tentativa de atender todos os interesses em conflito, visando sobretudo a proteção integral da criança e do adolescente, sem a pretensão de ser um trabalho definitivo, mas apenas o início de uma sistematização ou mesmo de uma futura normatização sobre o assunto, sobretudo em razão da pluralidade de projetos inovadores que são desenvolvidos e promovidos.

Saiba mais – A Abraminj nasceu em 1968, no III Encontro Nacional de Juízes de Menores, quando foi criada e instalada como Associação Brasileira de Juízes de Menores, com sede provisória em Brasília.

Em 1979, a entidade passou a denominar-se Associação Brasileira de Juízes e Curadores de Menores, em seu congresso de Vitória, acolhendo membros do Ministério Público. Em 1991, de novo em Vitória, é adotada nova denominação: Associação Brasileira dos Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude.

Em 1995, em Brasília, a Associação reafirma ser continuadora da entidade primitiva fundada em 1968 e decide promover a volta da instituição às suas origens, passando a ser constituída tão somente por magistrados que tenham trabalhado ou trabalhem na área da infância e da juventude. Assim nasceu a atual Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (Abraminj).

Em junho desse ano, dois representantes da magistratura sul-mato-grossense foram eleitos para integrar a diretoria da entidade: a juíza Katy Braun do Prado assumiu a primeira vice-presidência e o juiz Eguiliell Ricardo da Silva passou a responder como secretário-geral.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargador de MS proferirá palestra em congresso mundial que será realizado em Portugal - 26/11/2018



O Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, Presidente da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, no dia 17 de Janeiro de 2019, na cidade de Lamego-Portugal, proferirá palestra no I Congresso Global de Direitos Humanos, subordinado ao tema “Novas Políticas de Cidadania e de Desenvolvimento Sustentável” em parceria com instituições de diversos países, entre elas o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

O evento pretende debater a educação dos direitos humanos, a partir do acordo intergovernamental (Resolução A/Res/70/1, da Assembleia Geral das Nações Unidas) firmado no ano de 2015, o qual é liderado pela ONU, e que envolvem seus 193 Estados Membros e a sociedade civil, para elaboração de um plano de ação, denominado Agenda 2030, que contém o conjunto de 17 (dezessete) objetivos globais para o desenvolvimento sustentável (ODS).

A imprensa internacional, inclusive a brasileira, tem dado destaque à importância na divulgação de tais objetivos e na primordial consecução dos mesmos, apontando a relevância do I Congresso Global sobre o tema que se realizará em Lamego-Portugal.

O Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que além de ser Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP, e integrar atualmente o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e o Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), abordará o tema “Drogas, Violência e Inclusão”, no contexto brasileiro e europeu, com abordagem voltada para a necessidade de mudança da cultura do encarceramento em massa das populações mais vulneráveis, que são os jovens, os pobres, os negros e as mulheres, que terminam por ser envolvidas com drogas, e segundo o desembargador Ruy Florence, são dramaticamente violentadas nas prisões, ao invés de serem incluídas em programas de recuperação e (re)socialização, fórmula viável, já adotada com sucesso em alguns países, de romper o círculo vicioso da criminalidade e violência.

Os 17 (dezessete) objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS), podem ser acessados no site: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

1ª Vara Criminal da Capital zera estoque de processos físicos - 26/11/2018



Foi entregue na sexta-feira (23) a digitalização do acervo de processos físicos da 1ª Vara Criminal de Campo Grande. Da solenidade participaram o juiz diretor do Foro da Capital, Ariovaldo Nantes Correa; o juiz que atua na vara, Roberto Ferreira Filho, e do diretor do Departamento de Administração do Fórum, Paulo César Pereira de Freitas.

De acordo com a responsável pelo Núcleo de digitalização, Wilma Oliveira de Assis, foram digitalizados 768 processos, totalizando 155.401 páginas. Esse foi o último cartório das varas criminais a ser digitalizado e também a ser entregue em 2018.

Durante a solenidade, o juiz diretor destacou mais uma vez a importância do ato como forma de valorização do trabalho realizado pela equipe junto a cada cartório. O juiz Roberto Ferreira Filho ressaltou a importância do trabalho em equipe, uma vez que todos são muito importantes dentro do processo, desde o mirim até o juiz. De acordo com ele, quando isso ocorre todos ganham, inclusive os jurisdicionados.

A chefe de cartório, Luciane Smolek Olah, destacou que a digitalização zerou os processos físicos em andamento, facilitando o trabalho no cartório que não precisará mais trabalhar com físicos e digitais ao mesmo tempo. Ela elogiou a organização, a responsabilidade e a seriedade com que os processos foram digitalizados e categorizados.

Os trabalhos continuarão até 19 de dezembro, atendendo a 5ª, 13ª e 15ª Varas Cíveis, 2ª e 3ª Vara de Fazenda Pública, 5ª e 6ª Vara de Família e Sucessões e o cartório distribuidor. Para o primeiro semestre de 2019 estão previstos a entrega de três destes cartórios, cujo trabalho de digitalização já está sendo finalizado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Servidores do TJMS participam de treinamento sobre o sistema eproc - 27/11/2018



Até sexta-feira (30), quatro servidores do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul estão em Florianópolis (SC), no TJSC, para um treinamento sobre o sistema de gerenciamento de processos eletrônicos - eproc 2º grau.

Estão na capital catarinense Arnaldo Liogi Kobayashi, diretor da Secretaria Judiciária do TJMS; Pedro Constantino Rozales Neto, diretor do Departamento Judiciário Auxiliar (Dejaux); Damiano Rodrigues Oliveira e Rodrigo Hioryuki Kanezake – ambos da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS.

Importante destacar que o eproc foi idealizado por magistrados e servidores da Justiça Federal da 4ª Região e tem mais de cinco milhões de ações distribuídas por meio do sistema. A versão atual foi implantada em todas as varas federais de primeiro grau e também no TRF 4.

Ressalte-se ainda que, por atender todas as matérias e graus, o eproc é considerado um sistema consolidado pela agilidade e funcionalidades, além de representar economia para a gestão pública e sustentabilidade, por dispensar o uso de papel e insumos para a impressão. Outro aspecto importante é a disponibilidade do sistema on-line, a partir de qualquer local com acesso à internet.

Desde agosto desse ano, o TJMS está conhecendo o sistema e avaliando a possibilidade de implantar em 2019 um projeto-piloto em uma das varas do Estado. Assim, por indicação do Comitê de Governança e aprovação da Presidência do TJMS, o juiz Renato Antônio de Liberali coordena os trabalhos de viabilidade de implantação do eproc no Poder Judiciário de MS.

Liberali já esteve em Santa Catarina para conhecer os desafios e as ações do projeto. Na comarca de Palhoça, ele visitou a vara-piloto do eproc e ressalta a importância de se capacitar usuários e instrutores para o projeto-piloto de implantação do eproc em território sul-mato-grossense.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Participantes do “Cozinha e Voz” recebem certificado e devem ser inseridas no mercado - 28/11/2018



Emoção do começo ao fim e oportunidade de realização pessoal resumem a cerimônia de formatura das 19 mulheres que completaram o curso de expressão e de auxiliar de cozinha do projeto “Cozinha e Voz”. O evento aconteceu na tarde desta quarta-feira (28), no Senac Gastronomia e Turismo, e contou com a participação da idealizadora do projeto, a chef Paola Carosella. Quatro participantes foram escolhidas para continuarem trabalhando no Senac e as restantes farão entrevistas de emprego para atuarem em bares e restaurantes da Capital.

Antes da formatura, a chef Paola Carosella e a juíza coordenadora estadual da mulher em situação de violência doméstica e familiar de MS, Jacqueline Machado, reuniram-se com empresários de Campo Grande para explicar o projeto e sensibilizá-los para abrirem oportunidades de empregos para as mulheres.

O projeto Cozinha e Voz tem o objetivo de capacitar no ofício de assistente de cozinha mulheres vítimas de violência doméstica e para aquelas que cumprem pena. Vinte mulheres foram escolhidas e 19 concluíram o curso, que começou em 12 de novembro com uma oficina de poesia que traz motivação e melhora a expressão. Na segunda fase, elas entraram na cozinha do Senac e aprenderam técnicas básicas de gastronomia.

No começo da formatura, cada participante declamou um poema. Diversas poetisas foram lembradas, como Elisa Lucinda, Adélia Prado e Mário Quintana. Houve poema em espanhol e até na Língua indígena guarani-kaiová. Um dos momentos mais emocionantes da cerimônia.

Segundo o diretor regional do Senac, Vitor Mello, foi um prazer para a instituição participar do projeto Cozinha e Voz. “Toda formatura é um momento importante, mas confesso que eu nunca tinha sentindo o que eu estou sentindo agora. A gente vê que a educação, junto com o amor, é capaz de transformar muitos problemas em solução”, disse.

A chef Paola fez questão de frisar para os empresários, que acompanharam a formatura, que estas mulheres precisam apenas de oportunidade de mostrarem o seu trabalho. Segundo a chef, as oportunidades surgem porque os parceiros estão dispostos a firmarem parcerias.

“O projeto não é meu, leva a minha assinatura, mas não poderia existir sem os parceiros. Teria sido impossível fazer este projeto sem vocês (TJMS), porque o público é de mulheres encarceradas e de vítimas de violência doméstica”, agradeceu Paola.

Segundo Paola, o projeto tem um viés social mas também se presta a melhorar a situação da mão de obra no ramo da gastronomia. “O projeto se propõe a qualificar mulheres no ramo da gastronomia que é um mercado que só cresce no Brasil. O curso é muito caro e as pessoas não têm recursos para se qualificarem. Nós nos propomos a trabalhar com os diversos públicos com vulnerabilidade social, mudando suas vidas e encaminhando para o mercado de trabalho”, disse.

A juíza Jacqueline Machado agradeceu ao presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, pelo apoio irrestrito aos projetos da Coordenadoria da Mulher. “Eu comecei o ano passado e o presidente estruturou nossa coordenadoria de modo que hoje nós somos a melhor coordenadoria do Brasil. Nós temos 10 projetos em andamento, todos com impacto social”, disse.

A juíza elogiou a turma do primeiro projeto Cozinha e Voz, por serem mulheres guerreiras. “Essa turma é incrível, porque vocês enfrentaram muitas barreiras, e eu sei o que é trabalhar com mulheres que todos os dias vivem oprimidas pela violência, vivem sem oportunidade. Queremos que as pessoas enxerguem vocês, porque vocês têm muito potencial. E eu acredito em vocês”, elogiou.

O elogio só traz mais motivação para Mayara Tatiane da Silva, 32 anos, que está usando tornozeleira eletrônica porque cumpre pena. Ela conta que faz parte do grupo de pessoas invisíveis para a sociedade. “Eu nunca pensei na vida que eu iria participar deste projeto. Nós somos os que não são vistos na sociedade. Nós já erramos, sofremos violência e o que falta é oportunidade para sermos pessoas melhores e para não cometermos erros novamente. E foi isto que eu encontrei aqui”, disse emocionada Mayara.

Conheça - Em MS, o Projeto Cozinha e Voz é uma parceria do Tribunal de Justiça, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), do Ministério Público do Trabalho 24ª Região, com o apoio do Senac Gastronomia e Turismo e da Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel).

A Secretaria Municipal de Educação de Campo Grande (Semed) também foi parceira nessa iniciativa, proporcionando vagas temporárias em creches para os filhos das participantes do curso. Uma iniciativa que deu a possibilidade das mulheres realizarem o curso com a segurança de que seus filhos estão bem cuidados.

Esta é a primeira vez que este curso é direcionado ao público de mulheres em situação de violência doméstica, mulheres em cárcere e egressas do sistema prisional, pensando justamente na vulnerabilidade econômica e financeira, bem como sua difícil (re)inserção no mercado de trabalho.

Os cursos foram realizados em novembro e a primeira atividade foi a oficina de poesia, em que as participantes trabalharam a oralidade e a expressão da linguagem por meio da poesia. O curso é apresentado por Elisa Lucinda, conhecida nacionalmente por seus trabalhos em novelas como “Viver a Vida” e “Mulheres Apaixonadas”. Além de trabalhos na TV e no cinema, Lucinda se dedica também à literatura (especialmente a poesia), ao jornalismo e à música popular.

A outra vertente do projeto, que proporciona a empregabilidade, é o curso de assistente de cozinha, realizado no Senac Gastronomia e Turismo. O curso é conduzido por Paola Carosella, conhecida por ser uma das juradas do Show de Talentos “MasterChef Brasil”. As mulheres têm a oportunidade de conhecer e aperfeiçoar técnicas da culinária, proporcionando a possibilidade de ingressarem no mercado de trabalho ou apostarem no empreendedorismo.

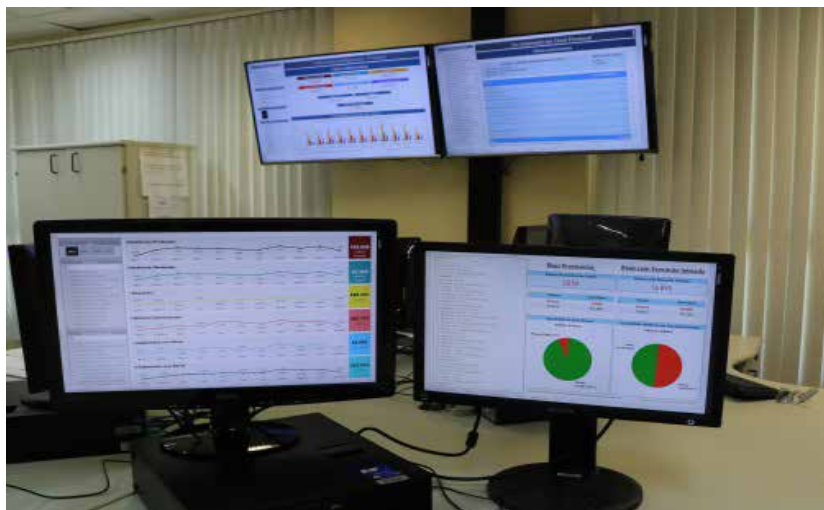
O projeto nasceu em São Paulo, onde já foram realizadas duas edições. Na capital paulista, o programa do curso de assistente de cozinha foi elaborado pela chef de cozinha e empresária Paola Carosella, em parceria com o Grupo Educacional Hotec. A primeira versão foi capaz de incluir 70% dos alunos no mercado de trabalho.

Em Goiás, o viés do Projeto Cozinha e Voz é a Empregabilidade Trans. Trinta e cinco homens e mulheres transexuais e travestis de Goiás foram selecionados para participar da iniciativa.

No Rio de Janeiro e no Pará já foram ofertados cursos nos mesmos moldes também voltados para mulheres e homens transexuais e travestis. Já na Bahia será ministrada a mesma capacitação para outro público: jovens negras e negros na comunidade Calabar, em Salvador.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Corregedoria aperfeiçoa ferramenta de gerenciamento de produtividade dos magistrados - 29/11/2018



A partir de dezembro de 2018, a ferramenta gerencial de análise de dados que oferece um panorama da atividade jurisdicional de forma dinâmica, denominada Power BI, ganha novas funcionalidades. A nova versão conta com novas abas e funcionalidades e foi desenvolvida com sugestões do Corregedor-Geral de Justiça, Des. Carlos Eduardo Contar, considerando as necessidades dos juízes e da Corregedoria. A construção ficou a cargo da Assessoria de Planejamento.

Com essa ferramenta, o juiz saberá se está cumprindo ou não as metas estabelecidas, porque nas comarcas do interior o mesmo não tem esses dados de uma maneira fácil, rápida e didática. “O aprimoramento desse tipo de instrumento é parte do trabalho da Corregedoria no sentido de apresentar uma nova forma de controle e acompanhamento dos magistrados à medida que os trabalhos vão sendo desenvolvidos”, enfatizou o Des. Carlos Eduardo Contar. Por meio da utilização dessa ferramenta, a Corregedoria tem aprimorado suas rotinas de trabalho e, conseqüentemente, permitido aos juízes e assessores acompanhar a produtividade de forma dinâmica e transparente.

A nova versão conta com cinco abas. Na primeira são demonstradas as informações pertinentes à produtividade dos magistrados como, por exemplo, os números de audiências designadas, audiências realizadas, despachos, decisões interlocutórias, julgamento com e sem mérito, sendo que na segunda são apresentadas em forma de gráficos. Outra informação relevante na primeira tela é o número de casos novos que poderá ser comparado ao número de processos julgados.

Na terceira aba é possível verificar a quantidade de processos em andamento (ordenados por classe processual); na quarta, o número de processos conclusos, e, na quinta e última, o quantitativo de réus presos e soltos. Vale ressaltar que as informações são extraídas da base de dados do SAJ e atualizadas diariamente e a flexibilidade da ferramenta permite que a pesquisa seja feita por diversos filtros como escolha do magistrado, foro, vara e período desejado.

Realidade em número – Hoje, em MS, tramitam 797.707 processos. A média mensal de distribuição é de 36 mil feitos e são julgadas, aproximadamente, 29 mil ações todos os meses. No país, apenas nos Tribunais estaduais entraram mais de 20 milhões de processos novos, sendo proferidas 22.509.456 decisões. Os números são da 14ª edição do Relatório Justiça em Números, referente ao ano de 2017. Para enfrentar

a enormidade de ações que ingressam todos os anos, sem ter que aumentar o quadro de funcionários e sem comprometer mais o orçamento público, os magistrados recorrem à tecnologia da informação.

A ferramenta – O Power BI é um conjunto de ferramentas de Business Intelligence na nuvem para análise de negócios, dados e compartilhar ideias. Com ele se consegue monitorar tarefas e serviços por meio de diferentes fontes de dados, tudo consolidado em uma única dashboard. Com este software, é possível se conectar a uma infinidade de fontes de dados como SQL Server, Oracle, Google Analytics, Azure, GitHub e muitas outras. Com isto, pode-se cruzar informações de várias fontes e publicar essas dashboards para outros usuários, sem custo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comarca de Três Lagoas atinge 100% de sucesso em adoções tardias - 30/11/2018



“Não existe criança difícil, nem perfeita, porque não existe família perfeita”. Essa é a fala de uma mãe que adotou duas irmãs que estavam em uma unidade de acolhimento em Três Lagoas. Além de serem irmãs, elas foram adotadas com mais que três anos de idade e, por isso, estão na condição de adoção tardia.

Recentemente, a comarca de Três Lagoas, localizada na região leste de Mato Grosso do Sul, conseguir obter sucesso em 100% nos processos judiciais de adoções de crianças e adolescentes mais velhas, algo difícil de se atingir no Brasil.

Por mais estranho que possa parecer, hoje no país existem mais pessoas inscritas no Cadastro Nacional da Adoção (CNA) – mecanismo que agrega todos os pretendentes aptos a ingressar com processo judicial de adoção – do que crianças e adolescentes disponíveis para ter uma família. Isso porque elas não são o ideal de imagem, etnia, saúde e até comportamento, esperado por mães e pais por adoção. Como resultado, ainda existem adolescentes que atingem a maioridade dentro dos chamados abrigos.

Mas por que a comarca de Três Lagoas está conseguindo dar efetividade ao procedimento de adoção tardia, que muitas vezes fracassa, por diversos motivos, e faz com que a criança e o adolescente voltem para o abrigo? A resposta é o empenho e a busca incessante para demonstrar para os pretendentes que adotar crianças e adolescentes com mais de três anos também é gratificante.

Segundo a assistente social do Fórum da comarca de Três Lagoas, Elisangela Facirolli do Nascimento, ainda há alguns adolescentes e crianças maiores de três anos em acolhimento na cidade. Contudo, todos os processos abertos para adoções tardias têm sucesso e a criança continua na família, sem as devoluções que, infelizmente, muitas vezes acontecem.

De acordo com Elisangela, a equipe multidisciplinar do Fórum realiza um trabalho diferenciado, com o apoio irrestrito do juiz diretor do Foro, Rodrigo Pedrini Marcos, e do Poder Judiciário de MS, que incentiva todas as ações, inclusive custeando o deslocamento a outros municípios e estados da federação na busca de pais para adotarem as crianças da cidade.

“Após esgotarmos as buscas no CNA para encontrarmos pretendentes para as adoções tardias, fazemos buscas ativas junto aos grupos de apoio à adoção do país. Então, os pretendentes entram em contato conosco e iniciamos o estágio de aproximação gradativamente. Esclarecemos que eles podem mudar a idade da criança/adolescente”, explica ela.

Segundo dados do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), no período de 2015 a agosto de 2018, foram realizadas na comarca de Três Lagoas 67 adoções. Deste total, 39 foram adoções tardias de crianças a partir de quatro até 17 anos. Neste montante também estão inclusos grupos de irmãos, com experiências realizada pela equipe de Três Lagoas, de inserção de até quatro irmãos em uma família.

Este foi o caso de Rosângela Aparecida Cardoso, 36 anos, mãe de duas irmãs de 14 e 7 anos que estavam em unidades de acolhimento em Três Lagoas. Hoje elas moram em Birigui (SP), onde vivem também com o pai Antoni Cardolo Junior, 49 anos.

Rosângela foi quem disse a frase que começa essa matéria e, pelo tom das palavras, percebe-se que ela tem uma visão realista do que é uma família – pessoas que estão unidas pelo sentimento de amor e fraternidade, independente das virtudes e problemas que cada indivíduo tenha.

Ela conta que tudo começou na infância, quando pedia aos pais que fizessem uma adoção. A resposta, segundo Rosângela, não se resumia a um não. “Eles diziam que quando eu tivesse a minha casa poderia realizar o meu sonho de adotar”, explica.

Este foi o início de tudo. A negativa dos pais aumentou a vontade de Rosângela de ter suas filhas por adoção e, quando conheceu o marido, teve certeza que deveria fazer isso.

No começo o casal idealizava a criança a ser adotada e o único requisito era que tivesse até três anos. A época, o entendimento sobre a adoção era muito pequeno, porém, com o passar do tempo e as dificuldades de encontrar aquele ideal de filho, Rosângela mudou o pensamento.

Ela conta que o casal ficou seis meses na fila do CNA com o perfil de criança até três anos. Mudaram para crianças até 12 anos, quando conheceram a Busca Ativa (procura por adotantes, prévia e regularmente habilitados no CNA, para crianças e adolescentes denominados de “difícil colocação”). Eles moram em Birigui, cidade paulista bem próxima de Três Lagoas, local onde moravam as duas filhas.

A troca de perfil e o amadurecimento foram processos necessários para entender que uma adoção não é apenas uma realização da vontade dos pais – vai muito além. “A gente sempre idealizou que as crianças desejavam ter uma família e que elas nos adotassem”, contou Rosângela.

A experiência é única e as dificuldades também. O preconceito da origem e a ideia errônea de que crianças em acolhimentos, principalmente as que não são bebês, são cheias de traumas e comportamentos inadequados não foram impedimento para a adoção.

“É preciso ter certeza e ter mente aberta. Ler muito, preparar, conversar muito com o esposo, participar de grupos de adoção. Os comportamentos inadequados fazem parte porque até filhos biológicos têm atitudes negativas. Não acredito que só um filho adotivo apresentará problemas ou comportamento que não agrade os pais, os filhos biológicos também podem agir assim”, conta.

Contra o preconceito, Rosângela deixa um recado: “Elas tiveram uma vida toda fragmentada em sua família de origem. Agora, nós, famílias do coração, com todo o carinho e amor, temos que recuperar esse momento perdido. Não existe criança difícil nem perfeita porque não existe família perfeita”, conclui.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS entrega prêmios aos vencedores do concurso de jornalismo - 30/11/2018



Uma solenidade diferente. Prestigiada por quem tem o poder de mudar opiniões, quem leva a informação para milhares de pessoas, nos mais longínquos locais de todo o país. Assim foi a cerimônia de entrega da premiação do 1º Prêmio de Jornalismo do Tribunal de Justiça de MS que teve a ComunicAÇÃO pela Igualdade de Gênero.

Uma ação proposta pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, em parceria com a Secretaria de Comunicação, o certame premiou profissionais que se destacaram ao cumprirem o papel de informar com qualidade, em um jornalismo sério e de grande relevância para o combate a todo tipo de violência.

Com mais de 90 trabalhos inscritos, foram premiados 12 profissionais em seis categorias diferente e os prêmios foram assim distribuídos:

- FOTOJORNALISMO: Francisco Carlos Moreira e Marco Aurélio Miatelo Prado
- IMPRESSO: Fernanda Letícia Silvino Palheta e Valéria Araújo
- JORNALISMO ON LINE: Valdelice Bonifácio e Maria Cristina de Avelar Nunes
- RADIOJORNALISMO: Natalia Moraes dos Santos e Lucas Mamédio do Nascimento Neto
- TELEJORNALISMO: Maureen Matiello e Cláudia Malini Gaigher Bucker
- UNIVERSITÁRIO: João Victor Ramos Estadulho e Jhayne Geovana Santos Lima.

A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher do TJMS, lembrou que a entrega dos prêmios foi realizada no encerramento da 12ª edição da Semana pela Paz em Casa, a fim de exortar a produção do conteúdo do jornalismo que contribui para a prevenção, o combate, eliminação das formas de manifestação de violências contra as mulheres.

Ela agradeceu o apoio do Des. Divoncir Schreiner Maran, presidente do TJMS, em todos os projetos desenvolvidos pela Coordenadoria e afirmou que o prêmio foi criado para reconhecer a importância dos meios de comunicação, dos profissionais no processo de construção da cultura de igualdade entre homens e mulheres, preconizada na Constituição Federal.

“Promovemos esse evento hoje pensando sim em uma mudança de cultura porque a violência contra a mulher é um fenômeno histórico, cultural, alicerçado na desigualdade de gênero, no machismo, no patriarcado, e é uma violência que resulta na morte de uma mulher a cada duas horas, um estupro a cada 11 minutos, cinco espancamentos a cada dois minutos. Não é mais possível convivemos com esse nível de violência contra as mulheres”, garantiu.

Marisa Sanematsu falou em nome da comissão que avaliou os trabalhos inscritos. Jornalista há 35 anos, ela é a fundadora do Instituto Patrícia Galvão, uma organização que monitora a cobertura jornalística, há mais de 15 anos, de notícias publicadas com o tema violência contra as mulheres e igualdade de gênero.

Ela agradeceu o convite para participar da comissão, que teve a difícil tarefa de selecionar os vencedores entre tantos materiais de qualidade. Marisa cumprimentou a iniciativa do TJMS de valorizar o jornalismo que cumpre seu papel social, ao contribuir para a promoção da igualdade de gênero e eliminação de todas as formas de violência contra as mulheres.

“O Ibope divulgou nesta quarta uma pesquisa mostrando que 66% da população brasileira considera que os portais noticiosos, a imprensa, ainda são as fontes mais confiáveis de informação. Esse dado torna maior a responsabilidade do jornalismo, em tempos de *fake news*, distorções e mentiras que são veiculadas pelos meios de comunicação, pelas redes sociais”, disse.

Ela citou que a imprensa é chamada de quarto poder e ressaltou que esse poder deve ser utilizado com ética e responsabilidade. “A cobertura da vida das mulheres sem violência e igualdade avançou muito, mas a maioria dessa cobertura hoje ainda é preconceituosa, reforçadoras das violências e culpa as mulheres pela violência sofrida. Ao mesmo tempo, está-se abrindo espaço para as vozes e demandas das mulheres. A imprensa sul-mato-grossense tem muitos exemplos para mostrar e essa iniciativa é prova disso. Vamos premiar e aplaudir 12 exemplos excelentes da qualidade do jornalismo no MS e esses trabalhos são exemplo do que a imprensa pode fazer para contribuir para o enfrentamento à violação dos direitos das mulheres e promoção da igualdade”.

A jornalista Valéria Araújo, segunda colocada na categoria Jornalismo Impresso, integra a equipe do jornal O Progresso de Dourados e confessou que o prêmio é resultado do trabalho e das informações dadas pelas fontes. Ela citou o juiz Alessandro Leite Pereira, da 4ª Vara Criminal de Dourados, de quem recebeu informações importantes que enriqueceram a texto e, com certeza, ajudaram muitas mulheres a esclarecer dúvidas sobre violência.

“Eu não fiz essa matéria sozinha, contei com boas fontes. E a matéria só alcançou o sucesso que teve graças às informações que obtive no Fórum. O prêmio é do jornal O Progresso, mas é o Tribunal de Justiça que está de parabéns, porque tudo o que fiz foi divulgar as ações do TJMS e a matéria teve esse objetivo: de mostrar o TJ como apoio às mulheres vítimas de violência. Sinto-me honrada e muito feliz com a premiação e confesso que me apaixonei pelas ações do Tribunal de Justiça. Com certeza, esse prêmio nos incentiva a escrever mais sobre o tema”, afirmou a ganhadora.

Maureen Matiello, a primeira colocada na categoria Telejornalismo, estava muito feliz e contou que ao saber da premiação se deu conta da importância do certame, pois seu nome passará a integrar a história do Poder Judiciário de MS como vencedora do 1º Prêmio de Jornalismo do TJMS e isso é um incentivo na carreira.

Porém, para ela o mais importante foi o tema. “Muito difícil, nos dias atuais, discutir a violência que atinge as mulheres. Achei sensacional o primeiro prêmio do TJMS ter trazido esse tema. A primeira coisa que se pensa nesses casos é a punição, mas como evitar? e esse foi o gancho da matéria. Partimos de um programa da Coordenadoria da Mulher para trabalhar a prevenção. Como o agressor vai deixar de agredir

só estando preso? E quando sair? A justiça tem o papel também de trabalhar a reinserção social. Abordamos o projeto de vocês de trabalhar a mudança comportamental, cultural, de mostrar para esses homens que isso não está certo”.

Compuseram a comissão avaliadora o Diretor da Secretaria de Comunicação do TJMS, Carlos Alberto Kuntzel; o juiz Jessé Cruciol Jr, colaborador da Coordenadoria Estadual da Mulher do TJMS; Sissy Hiraga Cambuim, jornalista e assessora de Comunicação da OAB/MT; Marisa Yoshie Sanematsu, jornalista e editora da Agência Patrícia Galvão e do portal Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha.

Os prêmios foram entregues pelos integrantes da comissão, pela juíza Jacqueline Machado e pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, o primeiro a responder pela Coordenadoria da Mulher quando esta foi criada. Os juízes Alessandro Leite Pereira e Waldir Marques prestigiaram a cerimônia.

Exposição - A solenidade de entrega de prêmios foi realizada no plenário do Tribunal Pleno, no Palácio da Justiça, e no saguão os convidados e ganhadores puderam apreciar uma exposição de fotografias do projeto Lugar de Mulher.

A proposta foi desenvolvida durante todo o ano com 23 alunos (20 meninas e três meninos), de 15 a 17, na Escola Estadual Lino Villachá, no bairro Nova Lima, para estimular estudantes na área de exatas.

A ideia dos professores Guilherme Toyhara e Francielle Cristina dos Santos Pereira, ele de química e ela de matemática, foi estimular nas meninas um olhar diferenciado para o outro e para si mesmo, já que as referências femininas em locais de periferia são poucas.

“Essas meninas não se enxergavam onde poderiam estar nem que são bonitas como são. Então, antes das aulas de fotografia, aprendiam suas propriedades, ângulos, por exemplo, nas aulas de física, química, biologia e matemática. Começamos em maio e os avanços já podem ser notados, pois elas se sentem mais confortáveis para compartilhar suas questões no grupo e apreciam se fotografar em suas formas autênticas”, explicou o professor.

Guilherme aponta que o projeto surgiu depois que os professores perceberam que, apesar de as meninas serem ótimas alunas nas disciplinas citadas, poucas mostravam interesse em seguir carreira na área de exatas e a desmotivação parecia cultural.

“A fotografia foi a melhor forma que encontramos para mostrar que lugar de mulher é onde ela quiser estar. Nosso projeto foi escolhido em âmbito nacional pelo edital Elas nas Exatas, promovido pelo Instituto Unibanco, Fundação Carlos Chagas, ONU Mulher, entre outros antes mesmo de ser executado. Estamos muito felizes com os resultados e o Tribunal de Justiça é o primeiro a receber nossa exposição”, concluiu.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

TJMS recebe Selo Ouro no Encontro Nacional do Poder Judiciário - 04/12/2018



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desde ontem, a cidade de Foz do Iguaçu (PR) está sediando a 12ª edição do Encontro Nacional do Poder Judiciário, com a presença de representantes dos 91 tribunais brasileiros, inclusive do Des. Divoncir Schreiner Maranhão, presidente do TJMS; do Des. João Maria Lós, presidente do TRE/MS; do Des. Sérgio Fernandes Martins, vice-presidente e corregedor do TRE/MS, do juiz auxiliar da presidência do TJMS, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, e o diretor da Assessoria de Planejamento do TJMS Newton Cesco Jr.

O presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, destacou que o Encontro é uma oportunidade para discutir os desafios e o aperfeiçoamento do Poder Judiciário. “Estamos reunidos não só para debater as metas para 2019-2020, mas para discutir melhorias para o sistema de justiça, pois a sociedade espera muito do Poder Judiciário”.

O corregedor nacional de Justiça, Humberto Martins, afirmou que o CNJ tem uma base sólida e confiável, que permite um planejamento estratégico para o estabelecimento de metas. “Há pouco mais de dois meses à frente da Corregedoria, tenho buscado tornar a justiça cada vez mais rápida e célere”.

Reconhecimento – Durante o evento, o CNJ entregou o Selo Justiça em Números aos tribunais brasileiros. A honraria foi entregue nas categorias Diamante, Ouro, Prata e Bronze e Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul foi agraciado com o Selo Ouro, enquanto o TRE/MS recebeu o Selo Prata.

Destaque-se que o Selo é concedido desde 2014 aos tribunais que mais investem na excelência da produção, gestão, organização e disseminação de suas informações administrativas e processuais.

O Selo Justiça em Números foi criado para permitir que o Poder Judiciário se conhecesse e para que se tivesse acesso às informações dos tribunais, além de estimular os tribunais à remessa dessas informações.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Juiz do interior concede medida protetiva por telefone - 04/12/2018



Legenda: Jessé (a esq.) na entrega de prêmios

O juiz Jessé Cruciol Jr., da comarca de Nova Alvorada do Sul, por telefone, determinou a aplicação de medida protetiva de urgência para afastar C.S.C. do lar em comum com C.L.F., com a proibição de aproximação e contato com a vítima, familiares e testemunhas, por qualquer meio (telefone, mensagem, whatsapp, e-mail, etc), mantendo deles a distância mínima de 300 metros. Ele determinou ainda a recondução da esposa ao lar, acompanhada de regular escolta policial.

Seria mais um dia de trabalho normal do juiz se não fosse uma situação especial: Jessé determinou a medida protetiva enquanto participava da entrega de prêmios do 1º Prêmio de Jornalismo do TJMS, que teve como tema a **Comunicação pela Igualdade de Gênero**. O certame premiou profissionais que se destacaram ao cumprirem o papel de informar com qualidade, em um jornalismo sério e de grande relevância para o combate a todo tipo de violência, principalmente a violência contra a mulher.

O juiz participava da solenidade de entrega dos prêmios quando foi informado pela assessoria da juntada do laudo de exame de corpo delito da vítima de violência doméstica. Assim, utilizando tecnologias de comunicação para atender com celeridade as demandas judiciais, ele determinou a medida cautelar. Destaque-se que essa não é a primeira vez que o juiz de Nova Alvorada do Sul utiliza esse recurso.

Para decidir, o juiz contatou o delegado de polícia local e solicitou que os elementos colhidos fossem encaminhados o quanto antes aos autos para análise mais segura do requerimento feito pela vítima na delegacia.

Com o laudo mostrando as lesões e dando suporte à declaração da vítima e, tendo assessoria informado o juiz do fato, ele decidiu verbalmente e determinou a certificação do fato nos autos, permitindo que os servidores dessem imediato cumprimento à medida para evitar que o direito da vítima fosse protelado por tal circunstância.

“A concessão da medida é necessária a fim de evitar outras desavenças e possíveis novas agressões e perturbações contra a vítima, uma vez que constantes atritos podem evoluir para um mal maior”, disse o juiz.

O processo tramita em segredo de justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

12ª Semana da Paz em Casa termina com várias ações - 04/12/2018



A 12ª edição da Semana da Justiça pela Paz em Casa, realizada em todo o Brasil pelo Poder Judiciário, empenhou várias ações que visam defender os direitos da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Em Mato Grosso do Sul, magistrados e servidores da justiça fizeram palestras sobre violência doméstica, desenvolveram ações que inseriram mulheres no mercado de trabalho e, para encerrar, a Secretaria de Comunicação e a Coordenadoria da Mulher – ambos do TJMS – entregaram prêmios aos vencedores do 1º Prêmio de Jornalismo, cujo certame esteve entre as principais ações realizadas.

Primeiro, funcionários de uma fazenda que emprega cerca de 50 trabalhadores no cultivo de eucalipto e alunos da Escola Municipal Hércules Maymone, além de funcionários de uma grande empresa da Capital, receberam palestras sobre violência de gênero e violência doméstica.

No dia 28, 19 mulheres completaram o curso de expressão e auxiliar de cozinha do Projeto “Cozinha e Voz”, realizado em parceria com o Senac, visando capacitar mulheres vítimas de violência doméstica. Quatro das participantes foram escolhidas para continuar trabalhando no Senac enquanto outras foram apresentadas em bares e restaurantes da Capital para entrevistas de emprego.

Na sexta-feira (30), no encerramento da semana de esforço concentrado, houve a entrega do 1º Prêmio de Jornalismo, que teve como tema a COMUNICAÇÃO pela Igualdade de Gênero. No certame 90 trabalhos foram inscritos e premiados 12 jornalistas em seis categorias diferentes.

Importante destacar que as ações foram um teste de mensuração para implantação do Selo, que passa a ser entregue a partir da 13ª edição da Semana da Justiça pela Paz em Casa, pautada para ser realizada em março de 2019.

“Além do esforço de todas as unidades do Estado para o julgamento e celeridade das ações em trâmite, está previsto o lançamento do Selo Justiça pela Paz em Casa, a fim de impulsionar o esforço concentrado de servidores e magistrados para o julgamento de processos e reconhecer o esforço publicamente perante toda a comunidade jurídica e a sociedade”, explicou a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher do TJMS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Diretor-geral da Ejud/MS participa de encontro internacional no STJ 04/12/2018



Legenda: João Miguel, Des. Júlio e ministro Benjamin

O Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Escola Judicial (EJUD/MS) está em Brasília para representar Mato Grosso do Sul no 1º Encontro de Diretores de Escolas Judiciais de Países de Língua Portuguesa, realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), com a participação de representantes de Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.

O evento está sendo acompanhado também por dirigentes de instituições da Espanha e da França, visando a troca de experiências e a discussão sobre a possibilidade de parcerias. Sediado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o evento tem ainda a presença do diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat), ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, e do diretor-geral da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

O diretor-geral da Enfam, ministro Herman Benjamin, lembrou que essa é a primeira vez que a Enamat participa das reuniões internacionais da Enfam e que a ESMPU está presente porque as escolas da magistratura de vários países representados no evento são responsáveis pela formação dos membros do Ministério Público. “Não queremos territorialidade, queremos integração”, afirmou o ministro.

No painel “Panorama e Desafios das Escolas Judiciais: Aspectos Estruturantes”, os participantes mostraram a diversidade da formação da magistratura em cada país e fizeram uma apresentação sobre a estrutura pedagógica das escolas, o quadro de docentes, a estrutura administrativa e de pessoal, as instalações físicas, tecnológicas e de comunicação, os investimentos em ensino a distância e o orçamento.

O diretor do Centro de Estudos Judiciários de Portugal, juiz conselheiro João Manuel da Silva Miguel, afirmou que os países reunidos têm um patrimônio em comum, que é o idioma, e destacou que o evento tornou-se um encontro da latinidade.

Durante a tarde desta terça-feira, o magistrado de MS participa ainda da reunião de diretores das escolas judiciais estaduais e federais.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juizes de MS participam de seminário internacional sobre gênero e direito 06/12/2018



Hoje e amanhã (7), uma delegação de juizes sul-mato-grossenses participam do Seminário Internacional “Gênero e Direito: Desafios para a Despatriarcalização do Sistema de Justiça na América Latina”, na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

Representando Mato Grosso do Sul estão os juizes Alessandro Leite Pereira, Ellen Priscile Xandu Kaster Franco, Samantha Ferreira Barione, Mariana Rezende Ferreira Yoshida, Jacqueline Machado, Bruna Tafarelo, Liliana de Oliveira Monteiro e Melyna Machado Mescouto Fialho.

Durante os dois dias de trabalho, especialistas de diferentes países vão se reunir em seis painéis, além da conferência inaugural e a palestra de encerramento, para debater temas importantes e emergentes. Representantes do México, Colômbia, Argentina, Chile, Peru, Espanha e de diferentes estados brasileiros participam no evento.

Os debates abrangerão A interface entre Gênero e Direito: experiências e desafios internacionais; Gênero e Dominação: críticas feministas ao sistema de justiça no Brasil e na América Latina; O Sistema de Justiça com Perspectiva de Gênero: avanços e resistências na América Latina; O Feminismo Jurídico e os Desafios no Brasil e na América Latina; Patriarcado, Poder e Violência: feminicídio e violência contra a mulher; Sexualidade e Identidade de Gênero no “Cistema” de Justiça; Raça, Gênero e Direito; Os Movimentos Feministas Interpelam os Poderes Judiciais da América Latina.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Calendarização: juiz relata boas práticas nos juizados especiais - 06/12/2018



“O processo judicial é conhecido por ser burocrático, cheio de formalidades e até um pouco solene. Isso porque traz procedimentos desde o Império Romano, tornando-o, muitas vezes, repetitivo e demorado para chegar ao final. Mas uma nova prática, prevista no Código de Processo Civil, está garantindo celeridade – a “Calendarização”.

O procedimento é utilizado pelo juiz Silvio C. Prado, que atua na 1ª Vara da comarca de Chapadão do Sul, desde a vigência do Novo CPC (2015), tanto no procedimento do Juizado Especial, como na justiça comum.

Segundo o juiz, a Calendarização é o procedimento disposto no art. 191 do CPC que permite, de comum acordo, que o juiz e as partes fixem previamente um calendário de atos processuais, quando for possível. Ela começa já na atermiação (primeiro contado do público com os Juizados), saindo o autor da ação intimado da audiência.

“Ainda que o calendário vincule as partes e o juiz, os prazos previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. Utilizo este procedimento desde a vigência do CPC e, até hoje, apenas um advogado se recusou a usar esta sistemática”, mas depois, ele mesmo se arrependeu, disse o juiz.

Como produto da Calendarização, ficam dispensados os atos de intimação das partes para prática de atos processuais ou a realização de audiências. “A utilização de calendário traz grande benefício para o Poder Judiciário, de forma geral, pois há um grande dispêndio de recursos humanos e valores para realizar atos de intimação e controle de prazos, movimentação de filas e expedição de atos intimatórios. Tudo isso infla o prazo morto do processo”, garante o juiz de Chapadão do Sul.

A Calendarização foi uma das inovações nos procedimentos cíveis, trazidos pelo novo Código de Processo Civil, deriva do mecanismo de negócio processual e é inspirada no processo arbitral, no qual a fixação de cronogramas para a prática de atos processuais é delineada pelas partes e pelo juiz de Direito.

O juiz Silvio Prado conta que faz constar em ata que convidou as partes e advogados para que, em conjunto, possam acordar a calendarização processual, em relação a qual não haverá novas intimações. Fica

destacado na ata também que a decisão vincula as partes e o juiz, ficando dispensadas de intimação das partes para as práticas futuras no processo.

Outro destaque é que todos devem comparecer, independente de intimação judicial, inclusive para depoimento pessoal, se necessário. Caso haja uma ausência injustificada, o magistrado aplica multa no valor de 2% do valor da vantagem pretendida ou do valor da causa, conforme o preleciona o art. 334, §8º do CPC.

No procedimento criminal também é possível incluir em calendário as fases processuais.

“Fazemos os agendamentos nos TCOs, pois a lei dos Juizados diz que as partes devem ser encaminhadas imediatamente ao juiz. Como muitas vezes não é possível cumprir esse ato, passamos o calendário prévio à Delegacia de Polícia, que ouve vítima e acusado, e ambos já saem intimados para a audiência preliminar penal”, diz Silvio Prado.

Conta ainda o juiz que o índice de composição ou transação é altíssimo, cerca de 85% dos casos são resolvidos. Ele usa o calendário na própria ação penal e colhe bons resultados de economia processual.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS capacita policiais municipais para Justiça Restaurativa Escolar **07/12/2018**



Na manhã desta sexta-feira (07), o auditório do Centro Integrado de Justiça (Cijus) recebeu 44 policiais municipais, que participaram da Capacitação dos Policiais Municipais de Campo Grande em Círculos de Construção de Paz Preventivos. A capacitação foi realizada pelo Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ), em parceria com a Secretaria Municipal de Educação (Semed).

A iniciativa tem como objetivo promover a resolução de conflitos de forma pacífica e educativa, oportunizando pessoas a falar de seus sentimentos e consequências sofridas, possibilitando ao ofensor à responsabilização e reparação dos danos causados, ou seja, a Justiça Restaurativa contribui para uma cultura de paz.

Segunda a juíza Katy Braun do Prado, Coordenadora da Infância e da Juventude de MS, o Poder Judiciário reconhece a importância da Justiça Restaurativa no desenvolvimento de propostas rápidas no sentido educativo e com conteúdos éticos aos conflitos, envolvendo crianças e adolescentes, possibilitando a transformação, mudando a perspectiva daqueles que tiveram contato com os círculos de construção de paz.

Para a juíza, a formatura dos Policiais Municipais nessa capacitação é um grande passo para a Coordenadoria da Infância e da Juventude. “Para nós, é uma honra e um grande passo, pois percebemos que os formandos conseguiram aprender muito e poderão passar isso para os jovens. Assim, conseguiremos plantar a semente da paz e tornar os jovens cidadãos de bem”, disse Katy durante o discurso.

A coordenadora da Justiça Restaurativa na Escola, Márcia Regina Soares, afirmou que os policiais finalizaram a capacitação muito otimistas e entusiasmados para combater a violência nas escolas. “São eles que estão presentes nas comunidades, nos postos de saúde, nos terminais, fazendo ronda nas escolas, e agora saberão a maneira certa de abordar os alunos para aplicar as práticas que aprenderam durante a capacitação. Para nós, a formatura é um sonho realizado”, garantiu.

Uma das formandas, a policial Ana Paula Barreto discursou em nome da turma sobre a formação da qual participaram. Leia a íntegra do discurso.

“A escolha da lente afeta aquilo que aparece na fotografia, e respectivamente a lente que usamos ao examinar uma situação de conflito também afeta toda a composição do mesmo. Com essa capacitação em multiplicadores da Justiça Restaurativa pudemos ter a oportunidade de um novo olhar, uma nova lente, com outras possibilidades que a Justiça Retributiva não consegue contemplar.

A partir desta capacitação, sentimo-nos motivados a adotar uma lente diferente, mesmo que ainda não seja um paradigma plenamente desenvolvido, pois ela não tem a pretensão de resolver todos os problemas, mas ampliar a visão e compreensão de muitos casos e situações incompreendidas. Temos uma nova oportunidade de direcionarmos nosso olhar, para além do conflito definido pelas normas penais, onde o crime é uma violação contra o estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. Com novas lentes, temos a Justiça Restaurativa onde o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos que também oportuniza a obrigação de corrigir os erros.

A restaurativa envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança. Nessa capacitação aprendemos a resgatar e vivenciar os valores, que são princípios basilares da Justiça Restaurativa. Esta prima-se em dez valores; respeito, honestidade, interconexão, responsabilidade, empatia, humildade, participação, percepção, empoderamento e esperança. Neste resgate dos valores, pudemos também perceber o quanto essa “nova lente” ajuda não só na função de facilitadores em círculos, mas, como facilitadores em toda e qualquer relação interpessoal; quer seja em casa, quer seja no trabalho.

Sentimos que terminamos a capacitação repletos de um dos valores aprendidos: “Esperança”. É com ela que nosso olhar nunca mais será o mesmo para com nosso colega de trabalho, pois na vivência do círculo, conhecemos um pouco do ser humano que está atrás da farda e, entre risos e lágrimas, aprendemos a contemplar a beleza humana que cada um traz consigo.

E agora, sinalizamos a intenção de firmarmos um termo de cooperação mútua para que a polícia municipal possa atuar junto as escolas municipais atendidas. É a paz se multiplicando na comunidade escolar”.

Saiba mais – A Justiça Restaurativa na Escola começou em 2012, com a assinatura do termo de cooperação técnica do Tribunal de Justiça com a Secretaria Estadual de Educação de MaS (SED) e, em 2015, a Secretaria Municipal de Educação (SEMED) entrou no programa, assinando também o termo de cooperação, inicialmente com duas escolas. No final de 2017, estavam cadastradas 23 escolas estaduais e 7 municipais, todas da Capital.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza de MS discute Raça, Gênero e Direito em seminário no RJ - 10/12/2018

Acompanhada dos juízes Alessandro Leite Pereira, Ellen Priscile Xandu Kaster Franco, Samantha Ferreira Barione, Mariana Rezende Ferreira Yoshida, Bruna Tafarelo, Liliana de Oliveira Monteiro e Melyna Machado Mescouto Fialho, a coordenadora da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, juíza Jacqueline Machado, participou do Seminário Internacional Gênero e Direito: Desafios para a Despatriarcalização do Sistema de Justiça na América Latina, na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

No evento, ela participou do Painel VI: Raça, Gênero e Direito, com a juíza Leila Linhares Barsted, a juíza federal Adriana Cruz e a defensora Livia Casarin. “Falei sobre a necessidade de interrelacionar os conceitos gênero, classe e raça para a construção de políticas públicas e para a análise de medidas protetivas e outros processos que envolvem mulheres em situação de violência, a fim de verificar em qual ponto as questões são mútuas e em quais se cruzam, só assim enfrentaremos de forma efetiva a desigualdade e violência de gênero”, explicou Jacqueline.

O seminário foi realizado nos dias 6 e 7 de dezembro, e os debates abrangeram temas como A interface entre Gênero e Direito: experiências e desafios internacionais; Gênero e Dominação: críticas feministas ao sistema de justiça no Brasil e na América Latina; O Sistema de Justiça com Perspectiva de Gênero: avanços e resistências na América Latina; O Feminismo Jurídico e os Desafios no Brasil e na América Latina; Patriarcado, Poder e Violência: feminicídio e violência contra a mulher; Sexualidade e Identidade de Gênero no “Sistema” de Justiça; Raça, Gênero e Direito; Os Movimentos Feministas Interpelam os Poderes Judiciais da América Latina.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cijus completa dois anos aproximando a justiça da população - 10/12/2018



Inaugurado no dia 8 de dezembro de 2016, o Centro Integrado de Justiça (Cijus) tornou-se referência nacional. Instalado na região central da Capital de Mato Grosso do Sul, o prédio disponibiliza a quem busca o auxílio da justiça excelente estrutura, visando a valorização dos cidadãos campo-grandense que atualmente chega a quase 900 mil habitantes.

Segundo a juíza Sandra Regina da Silva Ribeiro Artioli, diretora dos Juizados Especiais, as instalações modernas e funcionais, com design diferenciado, têm acarretado elogios dos usuários, notadamente dos advogados, que se sentem bem recepcionados, de uma forma cordial e eficiente, além da segurança no prédio e por usufruírem de serviços como caixas eletrônicos, cantina, sala da OAB e da defensoria.

“Nesses dois anos, conseguimos realizar ajustes nas rotinas de trabalho, sempre almejando um patamar máximo de eficiência, investindo bastante na formação dos nossos servidores e dos terceirizados que prestam serviços no Cijus”, frisou a juíza.

Quem busca o Cijus descobre que o primeiro contato do público com uma ação judicial é o serviço de atermação, onde o cidadão pode propor sua reclamação, a triagem e o serviço expresso. Neste segundo ano foram distribuídas, de janeiro a novembro, 16.127 novas ações e atualmente esta coordenadoria possui 22 servidores para melhor atender o cidadão.

Com uma média mensal de 13 mil pessoas que acessam o interior do prédio, a maioria delas é atendidas nas audiências de conciliação ou instrução de julgamento e, até a presente data, é possível contabilizar 31.379 audiências.

Em 2018, a principal inovação do Cijus foi a criação de uma sala exclusiva de videoconferência, para evitar o deslocamento de presos e cidadãos, garantindo a realização das audiências, além de reduzir gastos públicos e gerar maior segurança à população.

Para o Departamento dos Juizados Especiais há duas salas amplas, além dos gabinetes para juízes, sala de reunião, central de segurança, sala de contabilidade, de apoio para a Procuradoria-Geral do Estado, da Defensoria, Promotoria e para a OAB. Para as Turmas Recursais foram

disponibilizados plenário, com mais de 70 lugares, e sala ampla no pavimento superior.

O Cijus abriga também o serviço do Expresso do Juizado, que busca a conciliação pré-processual com guichês de atendimento da Energisa, Águas Guariroba e Oi. O Centro Integrado de Justiça disponibiliza ainda, em seu piso térreo, o serviço de cadastramento biométrico do eleitor, realizado pelo TRE, e o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), responsável pela realização de mediações e conciliações.

No Cijus está a moderna Central de Processamento Eletrônico (CPE), um cartório digital que atende várias comarcas do Estado, além da Capital, com todos os andamentos processuais processados no prédio. São 281 profissionais trabalhando apenas na CPE.

Outro setor que também funciona no prédio é a Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS, sob a coordenação da juíza Katy Braun do Prado. A CIJ realizou no ano de 2018 diversas ações, dentre elas curso de capacitação em depoimento especial, em parceria com a EJUD, para 110 servidores. A Comissão de Supervisão do Depoimento Especial realizou em 25 comarcas 42 supervisões.

Além disso, a Justiça Restaurativa Juvenil recebeu 323 processos, atendendo 2.407 pessoas nos procedimentos circulares, bem como a Justiça Restaurativa Escolar atendeu 23 escolas estaduais e 7 municipais, com 524 visitas nas escolas para sensibilização do corpo docente e técnico. No total, foram 1.254 diálogos restaurativos; 612 encontros circulares, realizados com 7.260 participantes, e 372 pessoas capacitadas em Círculos de Construção de Paz preventivos.

Para a advogada Saviani Guarnieri, que acompanha semanalmente seus clientes no Cijus, o atendimento é eficiente e rápido, principalmente para as pessoas leigas. Saviani conta que o profissionalismo dos servidores e a acessibilidade melhoraram consideravelmente em relação ao antigo prédio.

“A localização é privilegiada e as pessoas que moram longe vêm ao centro para abrir ações, justamente pela facilidade”, ressaltou a advogada.

Destaque-se que a criação do Cijus mudou não apenas o coração da Cidade Morena, mas tornou o acesso da população mais fácil ao buscar o apoio do Judiciário para solucionar seus conflitos. Para 2019, a intenção é ampliar o serviço no expressinho, com a realização de convênios com outras empresas.

“Estamos em fase de teste para implantar o autoagendamento na atermação pelo próprio usuário, por meio da internet, além da implantação do pregão eletrônico”, concluiu a juíza Sandra.

O Centro Integrado de Justiça Des. Nildo de Carvalho (Cijus) está localizado no cruzamento da Av. Calógeras com as ruas 26 de agosto e 7 de setembro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Corregedoria institui Selo Jurisdição Eficiente para Unidades Judiciais de MS 11/12/2018



As unidades judiciais de primeiro grau do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul terão, a partir de 2019, o Selo Jurisdição Eficiente como forma de reconhecimento e premiação. O selo, instituído pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado, Des. Carlos Eduardo Contar, é composto por três categorias: Ouro, Prata e Bronze, e será concedido anualmente, por meio de apuração do Índice de Atendimento à Demanda (IAD).

O IAD é apurado de 1º de janeiro a 31 de dezembro e é obtido pelo cruzamento do número de Processos Baixados e Casos Novos recebidos, submetidos a percentuais. A extração dos dados é realizada pela ferramenta tecnológica BI (Business Intelligence), que já está parametrizada no âmbito da Secretaria de Planejamento, nos termos das disposições do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

De acordo com o Corregedor, Des. Carlos Contar, a outorga do Selo Jurisdição Eficiente será realizada a cada Unidade Judicial que alcance os percentuais de atendimento, sendo: Selo Ouro Jurisdição Eficiente, as unidades que conseguirem o IAD superior a 125%; Selo Prata Jurisdição Eficiente, as unidades que conseguirem de 115% a 125%; e Selo Bronze Jurisdição Eficiente, as unidades que atingirem de 100% a 114,9% de IAD.

Às unidades contempladas serão concedidos um certificado emoldurado, a ser fixado na entrada do respectivo cartório, o elogio ao magistrado titular e ao substituto que se encontrar há, no mínimo, seis meses em exercício pleno ou auxílio permanente na Unidade Judicial, elogio aos servidores lotados na Unidade, também com um mínimo de seis meses de exercício e, por fim, anotação no banco de horas aos servidores, sendo 18 horas para Ouro, 12 para Prata e 06 para a categoria Selo Bronze. Para os magistrados, o elogio poderá ser utilizado para fins de promoção, inclusive como critério de desempate. As entregas serão realizadas uma vez ao ano, no mês de março subsequente ao final do período de apuração.

Para o Des. Carlos Eduardo Contar, o selo é um reconhecimento e um estímulo para a produtividade. “A Corregedoria é um órgão de orientação, controle e fiscalização dos serviços forenses e para ter eficiência precisa estar atenta a promover mecanismos, que vão desde ferramentas a estímulos individuais”. A medida considera a Resolução nº 194, do CNJ, que institui a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, que autoriza os Tribunais a instituir programas de reconhecimento, valorização ou premiação de participação destacada de magistrados e servidores. Além disso, está alinhada com o Sistema de Estatística do PJMS e o Plano Estratégico 2015/2020, do Tribunal de Justiça, que estabelece como macrodesafios a efetividade, celeridade e produtividade na prestação jurisdicional.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza da Capital é a primeira desembargadora eleita por merecimento

12/12/2018



Sexta mulher a compor a mais alta Corte de Justiça do Poder Judiciário sul-mato-grossense, Elizabete Anache é a primeira juíza a alcançar a função de desembargadora pelo critério merecimento.

A votação no concurso de promoção para o cargo de desembargador, que a levou ao mais alto posto da justiça sul-mato-grossense, foi realizada na sessão desta quarta-feira (12) do Tribunal Pleno.

Ao final de uma votação rápida, o Des. Divoncir Schreiner Maran proclamou a juíza como promovida e anunciou os outros dois nomes que compuseram a lista tríplice: Fernando Paes da Campos e Luiz Antonio Cavassa de Almeida. A solenidade de posse da agora Desa Elizabete Anache será em janeiro de 2019.

Elizabete Anache, que assume a vaga resultante do falecimento do Des. Manoel Mendes Carli, nasceu em Campo Grande e ingressou na magistratura em fevereiro de 1994, na 1ª circunscrição, depois de ser aprovada no XVI concurso de provas e títulos. Uma promoção em novembro do mesmo ano, levou a juíza para a comarca de Bataguassu.

Em novembro de 1996, foi promovida para Bela Vista, comarca de segunda entrância. Por remoção, em julho de 2000, passou a judicar em Aquidauana. Em novembro do ano seguinte, a juíza foi promovida para Campo Grande e titularizou a 1ª Vara de Família e Sucessões da Capital, que é comarca de entrância especial.

Em junho de 2009, por remoção, deixou a 1ª Vara de Família para titularizar a 17ª Vara Cível Virtual, onde permaneceu até a promoção para desembargadora. Integrou a Turma Recursal por dois anos.

Foi juíza auxiliar da presidência do TJMS nas gestões 2009/2010 e 2011/2012. Em 2014, ocupou a função de juíza auxiliar da presidência do TJMS novamente e juiz auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça, onde permaneceu até janeiro de 2017. Atualmente integra o Tribunal Regional Eleitoral de MS (TRE/MS) na classe juiz de direito e é também a ouvidora eleitoral do Estado.

Ao ser questionada sobre a responsabilidade de ser a sexta mulher a ocupar uma vaga de desembargadora e a primeira por merecimento, Elizabete afirmou estar muito feliz por ser a promoção o coroamento da carreira.

“Espero corresponder às expectativas do jurisdicionado diante da grande responsabilidade que terá ao atuar em segundo grau, além de representar o aumento da participação feminina na composição do Tribunal de Justiça de MS. Não posso deixar de salientar minha admiração ao trabalho e à personalidade do Des. Manoel Carli, assim, não medirei esforços para honrar seu nome ao sucedê-lo tão precocemente”, afirmou.

O juiz Fernando Cury, presidente da AMAMSUL, destacou o trabalho realizado pela desembargadora eleita nos tantos anos de magistratura e lembrou sua passagem pela diretoria da Associação, nas gestões 2011/2012 e 2013/2014.

“A Elizabete é uma grande magistrada, sempre atualizada e buscando novos aprendizados, além de ser muito querida pelos colegas. Pessoa carismática, comprometida com o Judiciário e com o ideal de justiça. Por onde passou, ao longo da carreira, representou muito bem a magistratura e não tenho dúvidas que fará um trabalho exemplar em segundo grau. O jurisdicionado que busca a justiça em segundo grau ganha uma excelente julgadora”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ admite dois novos Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 13/12/2018



Está disponível no portal do TJMS dois novos Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), admitido e publicado recentemente pela Seção Especial Cível do Tribunal de Justiça de MS. Os novos IRDR são os de número 6 e 7 e abordam tema de Direito Consumerista e conversão de cumprimento de sentença.

Para ter acesso a esses e outros IRDRs, basta acessar o site do Tribunal de Justiça, no link <https://www.tjms.jus.br/projetos/nugep/index.php>, e clicar na aba “Temas IRDR”. Neste espaço estão todos os temas já admitidos pelo Poder Judiciário estadual, que tem aplicação em todo o Estado de MS.

O Incidente nº 6 teve a admissão decidida no plenário da Seção Especial Cível do TJMS no dia 5 de novembro, com publicação no Diária da Justiça de 23 de novembro, e trata de questão do direito do consumidor, referente ao termo inicial da contagem do prazo prescricional do art. 27 do CDC para ajuizamento da ação declaratória e condenatória, referente aos pleitos em que se discutem descontos de empréstimo consignado em benefício do INSS.

A decisão é da lavra do relator, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, que assim se manifestou e determinou: “a suspensão de todas as ações em trâmite, individuais ou coletiva, que tramitam no Estado de Mato Grosso do Sul”.

O IRDR nº 7, de relatoria do Des. Nélcio Stábile, teve admissão e publicação na mesma data e trata de questão referente à possibilidade de conversão de cumprimento de sentença em liquidação de sentença, com aproveitamento dos atos praticados e menor onerosidade às partes e possibilidade de condenação em verba honorária, seja no caso de perda de objeto da impugnação, sem resolução de mérito, seja no caso de acolhimento do pedido de nulidade do cumprimento de sentença e rejeição dos demais pedidos.

Do mesmo modo, no IRDR nº 7 foi determinada pela Seção Especial Cível do TJMS a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam neste Tribunal de Justiça e nas comarcas do Estado de Mato Grosso do Sul, que versem acerca das questões afetadas ao julgamento deste incidente e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Acesso – No site do TJMS, os advogados e demais operadores do Direito têm acesso aos Incidentes de Assunção de Competência (IAC) e processos sobrestados.

O sistema de consultas é vinculado ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep) e busca dar ampla publicidade aos precedentes e incidentes. Ali é possível visualizar a data de distribuição, o número do processo, em qual órgão julgador está e qual magistrado é o relator. Também é possível ver qual o assunto principal e seu status atual.

Em outra aba pode-se consultar os Processos Sobrestados (Resolução nº 235, do CNJ), que têm as mesmas informações dos IRDR e IAC, além da informação do tema, número criado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou Superior Tribunal de Justiça (STJ), que define um assunto de grande repercussão, suspenso para análise da orientação que as cortes terão que ter sobre o tema.

Normatização – O Provimento nº 394, de 20 de junho de 2017, criou o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep), no âmbito do TJMS, sendo vinculada à Vice-Presidência.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 235/2016 dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil (CPC).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Indígenas obtêm registro civil com ajuda da Carreta da Justiça - 14/12/2018



Atendendo pedido da juíza Tatiana Decarli, da 3ª Vara Cível e em substituição na 2ª Vara Cível de Ponta Porã, O Des. Divoncir Schreiner Maran, presidente do Tribunal de Justiça, autorizou o atendimento da Carreta da Justiça em Antônio João nos dias 11, 12 e 13 de dezembro, a fim de realizar audiências de instrução e julgamento em ações de pedido de registro tardio, em trâmite na 2ª e na 3ª Vara Cível de Ponta Porã.

Os processos são relacionados a pessoas da Terra Indígena Ñande Ru Marangatu, grupo étnico Kaiowá, que foram atendidas em mutirão realizado pela Defensoria Pública estadual em janeiro desse ano, visando a erradicação de sub-registro civil da população indígena. A realização das audiências de instrução, por meio da Carreta da Justiça, deve-se à elevada dificuldade dessas pessoas de se dirigirem até a sede do juízo para as audiências, em razão da distância, precariedade de transporte regular e situação de hipossuficiência em que se encontram.

A pauta foi organizada para realização de audiências em 40 processos em tramitação, mas foram realizados diversos atendimentos pela Defensoria Pública e distribuídas 34 novas ações de registro tardio indígena, das quais 31 já foram resolvidas.

Em três dias de trabalho foram realizadas 71 audiências de instrução e julgamento, ouvidas 255 pessoas e deferidos 124 registros tardios. As audiências foram realizadas pela juíza Tatiana Decarli, com auxílio da promotora Clarissa Carlotto Torres e o defensor público Rafael Ribas Biziak. Na oportunidade, foram ainda realizados atendimentos aos indígenas pela FUNAI, por meio de Emanuel Guimarães dos Santos, chefe da Coordenação Técnica de Antônio João.

Na fase de preparação, a juíza, a promotora e o defensor público coletaram informações para inteirar-se do problema e das questões socioculturais, bem como foram conhecer as aldeias locais. A Terra Indígena Ñande Ru Marangatu apresenta um alto déficit de documentação.

Dentre as explicações mais comuns ouvidas para a falta de registro estão dificuldades financeiras para se deslocar até as cidades, a burocracia estatal em lidar com a questão, a dificuldade de comunicação e o fato de os indígenas julgarem, no passado, não ser relevante para sua vida prática o porte de documentos, pois muitos Kaiowás vivem com o cultivo de suas terras ou como trabalhadores nas fazendas da região, em empregos mal remunerados e informais.

“Foram três dias de trabalho intenso nesse mutirão, mas muito gratificante pelo êxito obtido. Atendemos famílias inteiras: pais, filhos e netos sem registro civil, vivendo totalmente à margem dos direitos conferidos aos cidadãos brasileiros. Atendemos pessoas idosas que trabalharam durante toda a vida em fazendas e sítios da região, percebendo meios mínimos de subsistência e sem qualquer tipo de documentação, em um completo estado de marginalização social. Atendemos ainda jovens e adolescentes que não frequentam a escola por falta de registro civil”, explicou Tatiana.

A juíza destacou que todo o trabalho realizado só foi possível graças a parceria do Tribunal de Justiça de MS com o Ministério Público Estadual, por meio da promotora Clarissa Carlotto Torres, da Defensoria Pública Estadual, com o defensor público Rafael Ribas Biziak; da FUNAI representada pelo chefe da Coordenação Técnica de Antônio João, Emanuel Guimarães dos Santos e o Município de Antônio João, pela prefeita Márcia Marques.

Tatiana Decarli destacou também a colaboração dos professores e agentes de saúde das aldeias que compõem a Terra Indígena Nñande Ru Marangatu, em especial o professor Joel Aquino Ximenes, que nos três dias de atendimento, serviu como intérprete nas audiências, facilitando a comunicação com os indígenas.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Lançada pedra fundamental da APAC em Campo Grande nesta sexta 14/12/2018



Na manhã desta sexta-feira (14), foi realizada a solenidade de lançamento da pedra fundamental da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), no terreno onde será construída a sede da associação, com a presença de diversas autoridades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A APAC nasceu em 1972, na cidade de São José dos Campos (SP), e hoje está presente em vários estados brasileiros e até no exterior. O objetivo de uma APAC é humanizar as prisões, melhorando as condições dos presídios e da vida dos encarcerados.

Durante a abertura, a defensora pública aposentada Helita Barbosa Serejo Lemos Fontão, presidente da APAC, disse que o lançamento é a realização de um sonho, pois desde a infância sonhava em fazer justiça. Ele externou sua admiração pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence e sua gratidão por ter sido convidada para representar a associação. “Quando o desembargador me convidou, fiquei imensamente grata e emocionada, pois esse será o primeiro passo para tornar os detentos pessoas melhores”.

Helita afirmou ainda que quer fazer da sede da associação uma das maiores do Brasil, tendo em vista que, com isso, é possível tornar o país um lugar melhor. “Não vamos medir esforços para conseguir verba e parcerias que possam agilizar a obra, para que, assim, possamos colaborar para um Brasil mais seguro e honesto”, finalizou.

O Des. Ruy Celso Barbosa Florence, coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e um dos principais incentivadores da APAC, garantiu que a partir de hoje começam os trabalhos para a construção do prédio. O magistrado asseverou que será feito ao Ministério da Justiça um pedido de viabilização da verba necessária e, caso não se consiga o suficiente, serão feitas parcerias privadas com empresas, ONGs e pessoas da sociedade que se comprometam a contribuir.

“Assim que eu me interessei pela APAC, convidei o juiz Mário José Esbalqueiro Jr, da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, e começamos a trabalhar. O projeto de construção foi enviado para a Câmara Municipal e aprovado em menos de uma semana, por unanimidade. Nosso prefeito Marquinhos Trad acelerou o processo e hoje estamos aqui realizando um sonho”, destacou Ruy Celso.

De acordo com o prefeito de Campo Grande, Marcos Marcelo Trad, que também esteve na solenidade, a partir da construção da APAC será possível formar pessoas de princípios. “Será uma saída para os detentos, uma tentativa de ressocialização que pode mudar a vida de cada um deles”, declarou.

Além das autoridades já citadas, estiveram presentes o juiz Mário José Esbalqueiro Jr., o vereador André Salineiro, o padre Alex Messias da Silva, o arcebispo Dom Dimas Lara Barbosa e o diretor-presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) Aud Chaves de Oliveira, representando o governador Reinaldo Azambuja.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Poder Judiciário destina R\$ 400 mil para reformas de presídios - 17/12/2018



A 2ª Vara de Execução Penal (VEP) de Campo Grande destinou R\$ 400 mil para reestruturação do Centro Penal Agroindustrial da Gameleira e da Casa do Albegardo, presídios do regime semiaberto e aberto, respectivamente. Os recursos são provenientes do desconto judicial de 10% dos salários dos presos que exercem trabalho remunerado nas unidades prisionais da Capital.

Em razão do desconto, estabelecido por meio da Portaria nº 001/2014, é possível custear projetos como o Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade e também ressarcir o poder público das despesas realizadas com a manutenção do condenado, conforme prevê a Lei de Execução Penal.

Segundo o juiz Mário José Esbalqueiro Jr, que atua na 2ª VEP, na metade deste ano optou-se por não realizar a reforma de uma escola pelo projeto Pintando e Revitalizando justamente para atender as solicitações de reestruturação dos dois presídios que, em vistorias realizadas no local, pode-se perceber a imediata necessidade de reforma, não apenas cumprindo preceito legal de garantir condições dignas a todo ser humano como também trazer condições mais dignas de trabalho aos agentes penitenciários que permanecem a maior parte de seu dia nos presídios.

“Sempre que possível auxiliamos a sociedade, mas nosso foco é a execução penal e o sistema prisional. Além de cumprir a obrigação constitucional, que veda o tratamento degradante, a reestruturação desses locais prepara o preso para voltar a sociedade e, para muitos, é o primeiro contato com um ambiente organizado e disciplinado”, pontua o juiz, que não acredita na visão do reeducando como uma vítima social e defende que assim como a impunidade não resolve, punir sem condições também não.

Esbalqueiro destaca que tanto a educação quanto o sistema prisional são dois setores de grande importância social que merecem investimentos, lembrando que se a educação é algo para se pensar a médio e longo prazo, o sistema penitenciário é algo imediato.

A maior obra foi realizada no presídio da Gameleira, cujo projeto de reestruturação teve custo de R\$ 350 mil. Foram reformadas as portarias, pátio central da entrada com construção de cobertura, o que possibilita melhor atender as visitas e o regresso dos presos do trabalho externo.

A reforma ainda incluiu troca de portão, construção de copa e banheiro e reestruturação do sistema de câmeras. Houve também a adequação das salas de revistas, reforma do banheiro (acessibilidade) para utilização dos visitantes, troca do portão principal, construção de quatro novas celas disciplinares, com solário para banho de sol. Além disso, houve pintura geral, construção de estacionamento coberto para veículos oficiais da unidade, entre outras melhorias.

De acordo com o diretor da Gameleira, Adiel Rodrigues Barbosa, na reforma foi disponibilizada uma sala para a defensoria pública e foi reformada a sala da OAB/MS, ambas com instalação de ar condicionado.

Ainda, segundo o diretor, houve também reformas na parte hidráulica e esgoto das selas, que tinha problema de entupimento, além de reformas na parte elétrica do presídio. Houve mudanças nas salas do administrativo e a parte destinada as famílias, além da cobertura e banheiro, tem agora banco e bebedouro.

Isso sem falar na colocação de calhas, cobertura na parte interna onde circulam o carrinho de alimentação e os agentes penitenciários. Os pavilhões foram pintados e foram construídos banheiros separados para quem vem prestar assistência social dentro da unidade, como padres e pastores.

O diretor da Gameleira afirma, com garantia, que dentro do território nacional não há nenhum presídio de regime semiaberto semelhante ao de Campo Grande e essa semana uma comitiva de Mato Grosso estará visitando as instalações da unidade. “Até enfeitamos com luzes de Natal, mas tudo isso não descaracteriza que se trata de uma cadeia. Mas, embora ainda seja um presídio, é um presídio organizado”, finaliza.

A reforma não apenas beneficiou detentos e servidores, mas empresários que mantêm sua produção no local, visitantes e familiares. Assim, o processo de reorganização do presídio atende sua função social e legal de manter o preso de regime semiaberto, cumprindo sua pena e participando de atividades que concorram para o seu retorno ao convívio social.

Além da Gameleira, o Estabelecimento Penal de Regime Aberto e Casa do Albergado de Campo Grande foi contemplado com um projeto de reforma de R\$ 50 mil, permitindo a reestruturação dos banheiros, que estavam em péssimas condições. Foi feita ainda a limpeza e pintura geral do alojamento.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Administração do TJMS recebe ministro Luis Roberto Barroso - 18/12/2018



De passagem por Campo Grande para proferir palestra para magistrados e servidores, o ministro Luis Roberto Barroso foi recebido pelo Des. Divoncir Schreiner Maran, presidente do TJMS, pelo Des. Julizar Barbosa Trindade, vice-presidente do TJMS, e pelo Des. Carlos Eduardo Contar, Corregedor-geral de Justiça, pelo Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Escola Judicial (Ejud/MS), e o diretor-geral do TJMS, Marcelo Vendas Righetti, para, em seguida, reunir-se com os desembargadores do TJMS, no Salão Pantanal.

Em clima informal, o presidente do Tribunal de Justiça ressaltou o que já havia dito ao ministro no gabinete, quando este foi recebido pelos integrantes da administração. “É com imensa satisfação que recebemos o ministro Barroso. Já disse a ele da nossa alegria em tê-lo em nosso meio. Somente o Des. Júlio para achar uma brecha na agenda do ministro Luiz Roberto Barroso e trazê-lo para nos abrilhantar com uma palestra sobre a nossa Constituição Cidadã”.

“Eu tenho muito prazer em estar aqui, participar desse evento da Escola Judicial e conhecer pessoalmente os magistrados. Tenho visitado alguns tribunais e acho que o Poder Judiciário no Brasil, nos últimos 30 anos, viveu uma vertiginosa ascensão institucional e política. O Judiciário deixou um pouco de ser um departamento técnico especializado e passou a ser um verdadeiro poder, que divide espaço com outros poderes, nas questões próprias para o Poder Judiciário intervir”, disse Barroso.

No entender do integrante do STF, nessas três décadas, houve um momento importante da demanda por justiça na sociedade brasileira. Ele acredita que as pessoas passaram a ter mais consciência, houve novas ações e o número de demandas perante o Poder Judiciário aumentou exponencialmente. Para Barroso, o aumento foi além do limite que o judiciário é capaz de suportar.

“Em algum momento, em breve, no futuro, teremos que passar por um processo desjudicialização porque não há estrutura que suporte este aumento crescente. Temos hoje 70 milhões de processos em curso e 140 milhões de eleitores - isso significa que um em cada dois adultos está litigando em juízo nesse momento. Um número muito impressionante e não há estrutura que dê conta disso”, destacou.

Além do presidente e do vice-presidente do TJMS, estiveram no encontro com o ministro os desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Luiz Gonzaga Mendes Marques, Luiz Claudio Bonassini

da Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Vilson Bertelli, Jairo Roberto de Quadros, Luiz Tadeu Barbosa Silva, Geraldo de Almeida Santiago, Ruy Celso Barbosa Florense, Marcelo Câmara Rasslan, Fernando Mauro Moreira Marinho, Paulo Alberto de Oliveira, Jonas Hass Silva Jr., Marcos José de Brito Rogues, Eduardo Machado Rocha, Alexandre Bastos e Odemilson Roberto Castro Fassa; e o Defensor Público Geral Luciano Montali.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados comemoram três décadas integrando o Poder Judiciário 18/12/2018



O mês de dezembro não é um mês qualquer para cinco integrantes da magistratura sul-mato-grossense, pois completam 30 anos de carreira. Em 1988, os atuais desembargadores Marcos José de Brito Rodrigues, Odemilson Roberto Castro Fassa e Emerson Cafure, e os juízes aposentados Joviano de Rezende Castro Caiado e Jurandir Rodrigues Brito ingressaram na magistratura.

O Des. Marcos Brito, que assumiu o cargo em 2012, disse que as palavras que definem esse momento, de completar três décadas atuando no judiciário sul-mato-grossense são: alegria, satisfação e orgulho. “Espero que nós possamos continuar prestando esse serviço com extrema alegria, pois é o sentimento que nos trouxe até aqui e nos move até hoje”, pontuou.

De acordo com o membro da 2ª Câmara Cível do TJMS, chegar até ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul não é uma tarefa fácil, é necessário muito trabalho, experiência e dedicação. “É o passar do tempo que nos torna pessoas habilitadas para chegar ao 2º grau de jurisdição. Tudo tem o tempo certo para acontecer”, acrescentou ele, deixando esse pensamento como um conselho para àqueles que estão iniciando na magistratura.

Lisonjeado, o Des. Odemilson Roberto Castro Fassa afirmou que a sensação é de dever cumprido. “Trinta anos não são três dias, nem três meses. É mais tempo do que a idade que eu tinha quando ingressei na magistratura, aos 29 anos, e tenho plena certeza que desempenhei as minhas funções com muita dedicação. Meus colegas que comemoram esta data junto comigo também são de extrema competência e contribuem muito para o bom funcionamento das funções judiciais”, disse o integrante da 4ª Câmara Cível.

O Des. Emerson Cafure destacou que 30 anos é uma vida. “Só quem passa por 30 anos de magistratura sabe o que isso significa. O aprendizado é muito grande, a opção de vida é restrita e o que fazemos pela sociedade mostra o que somos, em nossas decisões, pela tranquilidade, harmonia e equilíbrio. Por isso, homenageio e parabeno os colegas do X Concurso para o cargo de Juiz Substituto de MS, por termos atravessado essa vida com dedicação à magistratura”.

Foram muitas sentenças prolatadas. Um número imenso de pessoas a quem foi levada a paz em seus conflitos. Milhares de horas debruçadas sobre os processos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ministro do STF vem a MS falar sobre 30 anos da Constituição Cidadã 18/12/2018



Na noite desta segunda-feira (17), no auditório do Novotel, o ministro Luis Roberto Barroso - um dos maiores expoentes jurídicos do Brasil, esteve em Campo Grande para uma palestra a magistrados e servidores do Poder Judiciário. Integrante da mais alta Corte do país e do TSE, ele deixou os presentes extasiados com sua fala.

Atendendo convite do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Escola Judicial (Ejud/MS), o ministro abordou os 30 anos da Constituição Cidadã. Barroso afirmou que o Brasil vive um momento difícil e que um conjunto de circunstâncias adversas criaram o que convencionalmente se passou a denominar tempestade perfeita: uma tempestade política, econômica, ética.

“Na verdade, vemos a soma de muitas coisas ruins, que já duram há muito tempo: trauma de impeachment, recessão prolongada, queda na renda, um longo período de desemprego (talvez o maior da nossa história). Tudo abalou, de certa forma, a autoestima da sociedade brasileira, de forma geral. E de fato é impossível negar que a fotografia do momento é muito ruim, porém, apesar disso, o filme da democracia brasileira, desses 30 anos de democracia no país, é um filme bom. Com alguns ajustes pode nos levar a um final feliz”, afirmou.

No entender do ministro, os países e as pessoas passam pelo que têm que passar para se aprimorarem e essa é uma transição necessária, que o Brasil precisava atravessar. “Ao final desse processo histórico difícil e sofrido, teremos nos saído como um país melhor e maior, sobretudo, conseguiremos elevar a ética pública e privada do país. E este é um passo decisivo para rompermos o cerco e nos tornarmos verdadeiramente desenvolvidos: um país que fure o cerco da renda média e consiga oferecer uma vida digna para todos os cidadãos”.

Em uma fala que prendeu a atenção dos convidados, Barroso dividiu sua palestra em três partes. Na primeira, ele documentou e apontou o quanto se avançou nos últimos 30 anos, citando a estabilidade institucional, estabilidade monetária, responsabilidade fiscal, inclusão social. “Em 30 anos, conseguimos tirar entre 30 e 40 milhões de pessoas da linha da pobreza extrema. Poucos países conseguiram tirar tanta gente da miséria em um intervalo tão relativamente curto. Nos últimos 30 anos, o Brasil teve o maior crescimento percentual no índice de desenvolvimento humano da América Latina”.

O segundo ponto destacado por Barroso foi o olhar para o Brasil atual, com um diagnóstico do que não andou bem nas três últimas décadas, destacando alguns pontos negativos: o sistema político brasileiro, uma agenda inacabado que precisa ser retomada com urgência; a transformação do Brasil em um dos mais violentos do mundo, e a corrupção estrutural e sistêmica, que devastou o país.

“A corrupção não é fenômeno de um governo, de uma pessoa ou um partido. É um processo cumulativo, que vem de longe, e transbordou na nossa geração, nos dias de hoje. A corrupção existente no Brasil não é produto de pequenas fraquezas humanas ou falhas individuais localizadas. É produto de esquemas profissionais, de arrecadação, desvio e distribuição de dinheiros públicos. Esquemas que envolveram empresas privadas e estatais, partidos políticos, agentes públicos e privados, enfim, é espantoso o nível de contágio da corrupção no Brasil. Há uma imensa demanda no país pela ética, idealismo e por patriotismo. Essa é a energia que muda paradigmas”, explicou.

Antes de iniciar o terceiro ponto, o ministro fez um parêntese: na troca de governo Dilma/Temer, o grande debate era quem seria o ministro da Fazenda. Compreensível, já que o Brasil entrava em uma recessão, porém, ninguém discutiu quem seria o ministro da educação nem quais as grandes ideias. “A educação entrou no racha geral da política. O que quero dizer é que não tratamos a educação como verdadeiramente uma prioridade. (...) Os problemas da educação brasileira são a não alfabetização das crianças na idade certa, evasão escolar no ensino médio, déficit de aprendizagem, necessidade de capacitação de professores. Foram cinco ministros nos últimos quatro anos e meio e não há política pública que resista a essa descontinuação”.

Para fechar a noite, ele apontou algumas das muitas realizações conquistadas nos 30 anos. “Temos reformas estruturais profundas que ainda precisamos fazer. O sistema político, o papel do Estado no enfrentamento da corrupção. O Judiciário viveu uma ascensão institucional muito importante, tem quadro muito qualificado, contudo, ainda presta um serviço de pouca efetividade à sociedade brasileira – vamos ter que colocar na agenda a melhoria no funcionamento do Judiciário”, afirmou

Para o ministro Barros, essa tempestade política, econômica e ética que o país está vivendo, é que oferece uma conjuntura crítica em que talvez, em se sabendo aproveitar o momento, será possível construir instituições econômicas e políticas inclusivas – com livre iniciativa, justiça social, participação das pessoas, probidade na gestão da coisa pública.

“E a minha confiança em que esse dia chegará é porque temos uma sociedade que despertou. Ela já tem indignação, já tem os diagnósticos e precisamos fazer o melhor: não desistir no meio do caminho e nem nos deixar hipnotizar pelos maus exemplos. A pior coisa de um mal exemplo é ser seguindo – e tem muitos maus exemplos no Brasil. Porém, o pior que pode acontecer é os bons desistirem de serem bons para seguir os maus exemplos. Não importa o que esteja a sua volta, faça o melhor papel que puder. E assim faremos um novo país. Muito obrigado”.

Antes de receber os cumprimentos dos presentes, o ministro Luis Roberto Barroso recebeu dos deputados Paula Correa e Beto Pereira a Medalha ao Mérito Legislativo.





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

ONG constrói bloco de salas de aulas com dinheiro doado pelo TJMS 18/12/2018



Agraciada com recursos doados pela Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA), vinculada a 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, a ONG Obras Sociais Francisco Thiesen está concluindo a construção de um bloco de novas salas de aulas para abrigar as oficinas ministradas a crianças e jovens carentes do bairro Aero Rancho, em Campo Grande. O projeto orçado em R\$ 171.863,41 foi um das 21 instituições contempladas em 2018 com doações do dinheiro arrecadado com penas alternativas.

Presidente da instituição, João Carlos Rosa conta que há mais de 10 anos a ONG recebe reeducandos que cumprem pena de prestação de serviços nas dependências da entidade e esse ano foi a primeira vez que apresentou um projeto à Cepa, sendo um dos contemplados. Para a construção do bloco ele afirma que cerca de 10 presos trabalharam diretamente na obra.

Receber a mão-de-obra de quem cumpre esse tipo de pena alternativa é a única contrapartida para que a instituição possa se candidatar a ter seu projeto custeado pelos recursos da Cepa. João explica que colocou duas exigências ao empreiteiro responsável pela obra: aproveitar os presos que cumprem pena de prestação de serviços à comunidade dentro da entidade e aceitar o mestre-de-obras da instituição, que é o responsável por acompanhar e fiscalizar todos os mais de 30 presos que prestam serviços na instituição. Sobre a experiência de receber este público, ele conta que raramente tem algum problema.

As obras foram iniciadas no mês de setembro e devem ser concluídas nas próximas semanas. Como forma de agradecimento, a entidade fixou uma faixa na fachada da obra com a frase “Obrigado TJMS, pelo repasse dos recursos para a conclusão do bloco III”.

Além das Obras Sociais Francisco Thiesen, outras 20 entidades filantrópicas foram beneficiadas pela Cepa, que entregou R\$ 2.176.986,31 para custear diferentes projetos com os recursos arrecadados com as penas pecuniárias. O valor das doações em 2018 foi recorde: cerca de 30% maior do que o repasse do ano passado, quando foram doados R\$ 1.678.974,32.

Saiba mais - A instituição possuiu uma escola regulamentada com turmas da educação infantil e o primeiro ano do ensino fundamental. Além disso, oferece oficinas no contraturno escolar, que se estende também para alunos matriculados na rede pública de ensino.

Atualmente são 110 crianças matriculadas na escola e em 2019 o número de vagas será ampliado para 140. Duzentas crianças e adolescentes participam das oficinas de balé, canto e coral, flauta, violão, futsal, etc.

Para os adolescentes, a instituição oferece também o programa jovem aprendiz, com a preparação e encaminhamento do jovem para o mercado de trabalho, por meio de convênios com a Caixa Econômica Federal. Além disso, a instituição foi contemplada ao longo de um ano pelo Criança Esperança com um projeto de estúdio e televisão, que deve ser reativado em 2019.

A fim de garantir uma autonomia financeira, a entidade firmou duas parcerias para servir como polo EAD de uma universidade e uma escola de educação para jovens e adultos. Estas instituições utilizam os laboratórios de informática da Francisco Thiesen que recebe os alunos EAD no período noturno.

A ideia é que a parceira possa ser ampliada de forma a garantir a subsistência da instituição para manter o funcionamento gratuito da educação infantil e ampliar as séries do ensino fundamental, uma vez que a escola tem autorização de funcionamento até o nono ano.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça de MS homenageia juízes aposentados - 18/12/2018



Um momento solene para homenagear aqueles que somaram suas vidas ao Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. Assim, pela primeira vez, foi a solenidade realizada no plenário do Tribunal Pleno, na manhã desta terça-feira (18), quando se reconheceu e agradeceu aos juízes aposentados os anos dedicados à judicatura.

O Des. Divoncir Schreiner Maran, presidente do TJMS, lembrou que a magistratura sul-mato-grossense tem na atuação de cada um dos homenageados a certeza de que todos fizeram e fazem parte dessa história: mulheres e homens cultos e laboriosos, que transcenderam a instituição, ultrapassaram sua história, pioneirismo e vanguardismo.

“Aqui chegamos e somos o que somos hoje, inspirados no exemplo de suas biografias realçadas por dezenas de predicados. Conheci e convivi com boa parte de todos vocês. Minha trajetória se confunde com a história de vários aqui, por isso, quero dizer a todos que, se temos uma grande magistratura, é porque a competência de vocês nos antecedeu. Celebramos o reconhecimento e agradecimento a cada um pela valiosa contribuição”.

A juíza Denize de Barros Dódero, vice-presidente da Amamsul, parabenizou o TJMS pela justa e merecida homenagem aos aposentados. Ela agradeceu a iniciativa do juiz Ariovaldo Nantes Corrêa, que teve a sensibilidade e a lembrança da importância desse reconhecimento.

“Graças a essa sensibilidade, temos hoje a oportunidade de fazer a justa e merecida homenagem aos nossos colegas. Agradeço também a iniciativa do TJMS de fomentar tão bem nosso convívio e integração. São nesses raros momentos que as memórias são revisitadas, os contatos restabelecidos e a saudade apaziguada. Que possamos trocar experiências, nos ajudar, nos bem-querer. Que essa solenidade marque o início dos novos tempos, de fortalecimento dos nossos laços. Dividam conosco os méritos de nossas conquistas porque elas também pertencem aos senhores. Sejam quais foram os caminhos, que sejamos presentes, que sejamos amigos”.

Em nome dos aposentados falou Ari Giacchini. Visivelmente emocionado, ele traduziu em poucas palavras o sentimento dos juízes aposentados. Ele louvou a iniciativa do colega Ariovaldo, do presidente

do TJMS e demais desembargadores em aceitar a sugestão, e declarou esperar que esta homenagem seja repetida ao longo dos anos para os futuros aposentados.

“É uma honra para mim, na presença de todos e diante de tantos outros mais qualificados, falar em nome dos magistrados aposentados. Quando assumimos a magistratura, penso eu, e essa é a minha convicção, recebemos homenagens ou reconhecimentos pelo trabalho desenvolvido à frente da magistratura e encaramos isso como dever de ofício, uma obrigação, uma escolha que se fez para trabalharmos em benefício da sociedade. Mas sempre é bom, gratificante, recebermos o reconhecimento pelos pares, amigos e pessoas que nos são caras. Espero que todos os homenageados sintam-se gratificados como eu estou pelo reconhecimento, homenagem e toda a atenção que o Poder Judiciário nos tem dispensado. Muito obrigado”.

Foram homenageados

Abdala Abi Faraj – 11 anos e 10 meses de judicatura

Adão Alves Teixeira – 10 anos

Ademar Pereira (*in memoriam*) – 11 anos e 10 meses

Ailton Stropa Garcia (*in memoriam*) – 11 anos e 10 meses

Amilcar Silva (*in memoriam*) – 19 anos e 11 meses

Antonio Luiz Fraga Moreira (*in memoriam*) – 16 anos e 7 meses

Aparecida Henrique Barbosa – 21 anos e 7 meses

Ari Giacchini – 13 anos e 3 meses

Bonifácio Hugo Rausch – 15 anos e 5 meses

Carlos Alberto Pedrosa de Souza – 18 anos e 11 meses

Carlos Alberto Rezende Gonçalves – 25 anos e 8 meses

Celso Antonio Schuch Santos – 21 anos e 11 meses

Cleber José Corsato Barboza (*in memoriam*) – 21 anos e 1 mês

Clóvis Borborema Santana – 12 anos e 1 mês

Crescentino Sisti (*in memoriam*) – 10 anos e 9 meses

Danilo Burin (*in memoriam*) – 22 anos e 6 meses

Darion Leão Lino – 11 anos

Divaldo Roque de Meira – 14 anos e 8 meses

Edson Ernesto Ricardo Portes – 16 anos e 1 mês

Elizabeth Tae Kinashi – 22 anos e 11 meses

Fauser de Oliveira Maia – 10 anos e 9 meses

Fauze Duailibi Amizo (*in memoriam*) – 4 anos e 7 meses

Geraldo de Carvalho - 21 anos e 10 meses

Hermenegildo Vieira da Silva – 15 anos e 1 mês

Ítalo Giordano (*in memoriam*) – 32 anos e 2 meses

Ivo Salgado da Rocha – 22 anos e 4 meses

Jackson Aquino de Araujo – 14 anos

Jairo Luiz de Quadros – 20 anos e 2 meses

João Adolfo Astolfi (*in memoriam*) – 18 anos e 11 meses

João Alberto Gomes e Silva – 13 anos e 6 meses

João Bosco Rodrigues Monteiro – 15 anos e 7 meses

João Emílio Tiepo – 16 anos e 11 meses

João Mathias Filho – 24 anos e 9 meses

Jorge Augusto Bertin – 17 anos e 2 meses

José Berlangue Andrade – 18 anos e 6 meses

José Gomes da Silva – 14 anos e 10 meses

José Paulo Cinoti – 25 anos e 9 meses

José Rubens Senefonte (*in memoriam*) v 14 anos e 6 meses

Joviano de Rezende Castro Caiado – 19 anos e 1 mês

Jozone Pedrozo de Camargo (*in memoriam*) – 12 anos e 9 meses

Júlio Donizeti Loenert – 15 anos e 5 meses

Luciana de Barros Borges (*in memoriam*) – 2 anos e 7 meses

Luiz Carlos de Souza Ataíde (*in memoriam*) – 20 anos e 1 mês

Luiz Carlos Saldanha Rodrigues – 11 anos e 10 meses

Luiz Roberto Pires – 13 anos e 9 meses

Manoel José de Araujo Azevedo Neto – 13 anos e 8 meses

Manoel Velludo Teixeira (*in memoriam*) – 11 anos e 10 meses

Maria Lucia Escobar de Arruda Brasil – 20 anos

Mario Eduardo Fernandes Abelha – 25 anos e 4 meses

Marli Miyuki M. Nishimura (*in memoriam*) – 2 anos e 6 meses

Osvaldo Ramanzini (*in memoriam*) – 13 anos e 3 meses

Paulo César de Figueiredo – 23 anos

Paulo César Pereira da Silva – 11 anos e 9 meses

Paulo Rodrigues – 27 anos

Roberto Iser (*in memoriam*) – 11 anos e 11 meses

Sebastião Lino Simão – 14 anos e 4 meses

Sydney Nunes Leite – 11 anos e 8 meses

Tenir Miranda Aposentado – 13 anos e 1 mês

Valter Jose Rodrigues Contrera (*in memoriam*) – 12 anos e 9 meses

Wilber José Palazzo – 14 anos e 6 meses

Wolney de Oliveira – 18 anos e 9 meses

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ministro Barroso visita a Casa da Mulher Brasileira na Capital - 19/12/2018



Juíza Jacqueline Machado recebeu o ministro do STF

“Receber um defensor dos direitos humanos como o ministro Barroso, uma pessoa afável, simpática e de alma leve, e ouvir dele que uma das melhores coisas que fez no ano foi visitar a Casa da Mulher Brasileira de Campo Grande e ver o trabalho aqui prestado, bem como os projetos da Coordenadoria da Mulher, do Tribunal de Justiça, nos enche de orgulho!”.

A afirmação é da juíza Jacqueline Machado, que responde pela coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, que convidou e recebeu, nesta segunda-feira (17), o ministro Luís Roberto Barroso, integrante do STF e do TSE.

Barroso descobriu que a Casa da Mulher Brasileira de MS é a única que funciona 24 horas no país, e atende mensalmente em torno de 1.300 mulheres, sendo a maioria de Campo Grande. Dos atendimentos, mais de 600 são referentes à violência doméstica e, pelo menos, 50% desse montante refere-se a violência psicológica.

“Muito importante o trabalho realizado em MS, mas estou impressionado com o número de casos envolvendo violência doméstica aqui. Vocês conseguem perceber se existe redução da violência? Existem denúncias falsas? Existem mais Casas como essas no Brasil? ”, questionou o ministro.

A juíza falou um pouco sobre a escalada da violência, explicou que o que se percebe é uma redução na gravidade das agressões e não na quantidade de casos; relatou que, muitas vezes, os homens agressores têm muitos boletins de ocorrência registrados contra eles, falou sobre o trabalho realizado com os grupos reflexivos, sobre os programas desenvolvidos pela Coordenadoria da Mulher e do apoio recebido do presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran.

O ministro visitou todas as dependências da Casa da Mulher Brasileira, inclusive as celas onde ficam os abusadores presos enquanto aguardam serem encaminhados para locais adequados, e cumprimentou cada uma das pessoas que trabalham no local.

Acompanharam a visita a promotora Luciana do Amaral Rabelo, Tai Loschi, coordenadora da Casa da Mulher Brasileira em Campo Grande, integrantes da equipe que trabalha com a juíza na Coordenadoria da Mulher e a chefe de gabinete do ministro.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Município busca parceria para projeto transformador do TJMS - 19/12/2018



Na tarde desta quarta-feira (19), o juiz auxiliar da Vice-presidência do TJMS, Albino Coimbra Neto, recebeu a secretária Municipal de Educação, Elza Fernandes; o superintendente Municipal de Finanças, Walter Pereira, e o padre Wagner Divino de Souza.

O propósito da visita foi conhecer o funcionamento do Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade, idealizado pelo juiz Albino Coimbra Neto, como um exemplo prático da filosofia restaurativa, um caminho para que a execução penal possa cumprir o seu papel de reintegrar o preso à sociedade.

A secretária inquiriu o juiz Albino sobre a possibilidade de, como a rede educacional estadual, ter estendido para a rede pública municipal os benefícios do projeto que utiliza mão de obra de presos para reforma de escolas.

Ficou definido que no dia 9 de janeiro de 2019 haverá uma nova reunião na secretaria Municipal de Educação para se definir a adesão do Município ao projeto. No encontro desta tarde, Elza já adiantou que existe interesse do Executivo Municipal em firmar essa parceria e sugeriu que a primeira escola a ser reformada seja uma que fica na área rural, na saída para Três Lagoas, que necessita urgentemente de reformas.

Saiba mais – Para quem não conhece, o projeto é realizado em razão da parceria do Tribunal de Justiça, por meio da 2ª Vara de Execução Penal (VEP) da Capital, com a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) e a Secretaria de Educação do Estado de MS (SED).

A 2ª VEP e o Conselho da Comunidade disponibilizam recursos para a aquisição dos materiais e demais custos para a realização do projeto, enquanto a Secretaria de Educação disponibiliza o transporte e o pagamento dos presos.

O projeto deu tão certo que os detentos já estão trabalhando na reforma da 10ª escola. Dessa vez, um grupo de 25 presos está transformando a Escola Estadual Teotônio Vilela, que atende 1.700 alunos, em um total de 3.042 m² de área construída.

Ao longo dos cinco anos de existência do projeto foi possível, com as reformas, beneficiar 8.834 alunos, nas 10 escolas, resultando em uma economia de R\$ 7,5 milhões para os cofres públicos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Des. Alexandre Bastos

Apelação nº 0801863-52.2017.8.12.0001	022
Apelação nº 0053707-84.2011.8.12.0001	029
Agravo de Instrumento nº 1401706-96.2018.8.12.0000	045

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Mandado de Segurança nº 1405293-29.2018.8.12.0000.....	049
Apelação nº 0009371-76.2008.8.12.0008	063
Apelação nº 0000832-91.2009.8.12.0039	082

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Reclamação nº 1403620-98.2018.8.12.0000.....	087
Mandado de Segurança nº 1408163-47.2018.8.12.0000.....	107
Apelação nº 0800405-29.2015.8.12.0014	115

Des. Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0808991-26.2017.8.12.0001	123
Agravo de Instrumento nº 1408007-59.2018.8.12.0000	135
Apelação nº 0001643-06.2013.8.12.0041	140

Des. Eduardo Machado Rocha

Ação Rescisória nº 1402772-14.2018.8.12.0000	145
Apelação nº 0830077-58.2014.8.12.0001	163
Apelação nº 0839334-39.2016.8.12.0001	168

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1411707-14.2016.8.12.0000/50001	174
Apelação nº 0803319-10.2012.8.12.0002	198
Apelação nº 0800268-48.2014.8.12.0025	214

Des. João Maria Lós

Apelação nº 0805710-28.2018.8.12.0001	224
Apelação nº 0016685-57.2009.8.12.0002	235
Apelação nº 0801957-98.2013.8.12.0046	248

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0800302-41.2018.8.12.0006	256
Agravo de Instrumento nº 1407540-80.2018.8.12.0000	259
Apelação nº 0800108-14.2015.8.12.0049	264

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0819620-35.2012.8.12.0001/50000.....	268
--	-----

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0802085-07.2014.8.12.0007	282
Apelação nº 0801075-56.2018.8.12.0016	293
Apelação nº 0801584-49.2016.8.12.0018	303
Apelação nº 0800779-19.2018.8.12.0021	309

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0802781-15.2015.8.12.0005	315
Apelação nº 0013493-09.2015.8.12.0002	321
Apelação nº 0838979-29.2016.8.12.0001	330

Des. Marco André Nogueira Hanson

Agravo de Instrumento nº 1406634-90.2018.8.12.0000	338
Apelação nº 0800639-78.2015.8.12.0024	344
Apelação nº 0800904-86.2016.8.12.0043	353

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0803509-34.2016.8.12.0001	363
Apelação nº 0822268-51.2013.8.12.0001	372
Apelação nº 0800388-89.2017.8.12.0024	377

Des. Nélito Stábile

Apelação nº 0017350-71.2012.8.12.0001	384
Apelação nº 0805352-71.2016.8.12.0021	393
Apelação nº 0834578-21.2015.8.12.0001	402

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Agravo de Instrumento nº 1408757-61.2018.8.12.0000	412
Apelação nº 0839992-34.2014.8.12.0001	419
Agravo de Instrumento nº 1413080-46.2017.8.12.0000	432

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Apelação nº 0840180-61.2013.8.12.0001	444
Apelação nº 0832498-21.2014.8.12.0001	452
Agravo de Instrumento nº 1408721-19.2018.8.12.0000	456

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Mandado de Segurança nº 1405358-24.2018.8.12.0000	460
---	-----

Des. Sérgio Fernandes Martins

Direta de Inconstitucionalidade nº 2000514-95.2018.8.12.0900	472
Apelação nº 0351590-52.2008.8.12.0001	485
Agravo de Instrumento nº 1404754-63.2018.8.12.0000	506

Des. Sideni Soncini Pimentel

Agravo de Instrumento nº 1408023-13.2018.8.12.0000	528
Apelação nº 0900015-34.2016.8.12.0046	538
Apelação nº 0818238-94.2018.8.12.0001	554

Desa. Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação nº 0839072-94.2013.8.12.0001	557
Apelação nº 0838418-10.2013.8.12.0001	563
Apelação nº 0833103-64.2014.8.12.0001	570

Des. Vilson Bertelli

Apelação nº 0826936-60.2016.8.12.0001	579
Apelação nº 0821338-91.2017.8.12.0001	584
Agravo de Instrumento nº 1411498-74.2018.8.12.0000	587

Des. Vladimir Abreu da Silva

Apelação nº 0800674-05.2018.8.12.0001	590
Apelação nº 0800716-88.2017.8.12.0001	594
Agravo de Instrumento nº 1410270-64.2018.8.12.0000	598

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Agravo de Execução Penal nº 0006158-31.2018.8.12.0002	604
<i>Habeas Corpus</i> nº 1411260-55.2018.8.12.0000	609
Mandado de Segurança nº 1410467-53.2017.8.12.0000	614

Des. Emerson Cafure

Agravo de Execução Penal nº 0013871-60.2018.8.12.0001	621
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000735-80.2015.8.12.0007/50000	626
Apelação nº 0040443-29.2013.8.12.0001	635

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Apelação nº 0000279-39.2016.8.12.0026	648
Agravo de Execução Penal nº 0021020-10.2018.8.12.0001	652
Recurso em Sentido Estrito nº 0011821-59.2017.8.12.0110	658

Des. Jairo Roberto de Quadros

Carta Testemunhável nº 1601120-75.2018.8.12.0000	662
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0011244-83.2018.8.12.0001/50000	667
Agravo de Execução Penal nº 0028030-08.2018.8.12.0001	676

Des. Jonas Hass Silva Junior

Apelação nº 0022621-90.2014.8.12.0001	682
Recurso em Sentido Estrito nº 0001705-05.2014.8.12.0011	694
Apelação nº 0002752-64.2016.8.12.0004	700

Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação nº 0001802-08.2009.8.12.0002	706
Apelação nº 0007497-41.2013.8.12.0021	721
<i>Habeas Corpus</i> nº 1412573-51.2018.8.12.0000	730

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Revisão Criminal nº 1600682-49.2018.8.12.0000	734
Apelação nº 0802364-26.2015.8.12.0017	739
Apelação nº 0009624-98.2017.8.12.0800	746

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação nº 0001352-33.2009.8.12.0045	757
Apelação nº 0001089-71.2016.8.12.0007	764

Des. Paschoal Carmello Leandro

Apelação nº 0002145-09.2016.8.12.0018	771
Conflito de Jurisdição nº 0000037-69.2018.8.12.0104	775
Apelação nº 0000176-10.2018.8.12.0043	779

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0004297-60.2016.8.12.0008/50000	783
Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1600952-10.2017.8.12.0000	792

Juiz Waldir Marques

Apelação nº 0000170-85.2017.8.12.0027	804
Apelação nº 0026521-47.2015.8.12.0001	813
Apelação nº 0011790-80.2014.8.12.0001	817

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Fisco estadual. ICMS. Diferimento de alíquota interestadual. Acordo entre as partes. Isenção de imposto. Seguro-garantia. Artigo 173, I, do Código Tributário Nacional. (0805352-71.2016.8.12.0021) Des. Nélcio Stábile.....393

Ação Civil Pública

Aplicação da lei de improbidade a prefeitos. Doação mascarada de aforamento. Improbidade administrativa configurada. Ocultação da suposta enfiteuse. Dívida transmissível aos herdeiros, proporcionalmente à herança. Extinção das condenações de natureza pessoais contra o requerido falecido. Princípio da intranscendência das sanções. (0009371-76.2008.8.12.0008) Des. Amaury da Silva Kuklinski.....063

Improbidade administrativa. Secretários municipais. Cargos de natureza política. Súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. *Periculum in mora* inverso. Fraude à lei. Não comprovado. (1406634-90.2018.8.12.0000) Marco André Nogueira Hanson.....338

Interdição de delegacia. Determinação judicial. Reforma ou Construção. Cadeia pública. Discrecionalidade da administração pública. Princípio de separação dos poderes. Ato judiciário. (0800108-14.2015.8.12.0049) Des. Júlio Siqueira Cardoso.....264

Lei de improbidade administrativa. Contratação de prestação de serviço de advogado. Serviço especializado. Ausência de indícios de dolo ou culpa. Ato de improbidade administrativa não caracterizado. (1407540-80.2018.8.12.0000) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.....259

Nomeação de candidatos excedentes. Determinação judicial. Aumento de despesa com pessoal. Ausência de dolo ou má-fé. Ato ímprobo não configurado. (0351590-52.2008.8.12.0001) Des. Sérgio Fernandes Martins.....485

Prefeito municipal. Duplo recebimento de diárias. Prática reiterada. Improbidade administrativa reconhecida. Dosimetria. Sanções. Violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (0900015-34.2016.8.12.0046) Des. Sideni Soncini Pimentel538

Ação de Adjudicação

Cessão de direitos hereditários. Contrato de cessão regulado pelo Código Civil de 1916. Intertemporalidade. Impossibilidade dos direitos vindicados. Ausência de interesse de agir (0017350-71.2012.8.12.0001) Des. Nélcio Stábile.....384

Ação de Arbitramento

Honorários advocatícios. Caráter supletivo. Ausência de convenção. Contrato com cláusula regulamentando a hipótese de rescisão. (0808991-26.2017.8.12.0001) Des. Dorival Renato Pavan.....123

Ação de Arrolamento de Bens

Homologação de partilha. Partilha amigável. Arrolamento sumário. Alegação de inconstitucionalidade incidental do § 2º, do artigo 659, do Código de Processo Civil. Inexistência. Ausência de hierarquia entre a lei ordinária e lei complementar. (0839334-39.2016.8.12.0001) Des. Eduardo Machado Rocha.....168

Terceiro interessado. Alvará de partilha. Quitação de tributos. Arrolamento comum. Procedimento diverso. Fazenda pública. Intimação após trânsito em julgado. Lançamento administrativo. (0800639-78.2015.8.12.0024) Marco André Nogueira Hanson344

Ação de Busca e Apreensão

Conversão da ação em execução. Faculdade da instituição financeira. Excesso de execução. Necessidade de apuração do saldo devedor. Majoração da verba honorária. (0802781-15.2015.8.12.0005) Des. Marcelo Câmara Rasslan.....315

Motivos de irrisignação. Constituição em mora do devedor. Impossibilidade de venda do bem apreendido antes da citação. Ofensa à boa-fé objetiva. Incidência de multa. (0800405-29.2015.8.12.0014) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte 115

Ação de Cobrança

Despesas condominiais. Imóvel arrematado em reclamação trabalhista. Obrigação propter rem. Citação editalícia. Litigância de má-fé. Multa do artigo 258 do Código de Processo Civil. (0839072-94.2013.8.12.0001) Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges557

Ação de Compensação

Imunidade parlamentar. Exercício do mandato parlamentar. Inviolabilidade parlamentar. Imunidade material. Artigo 29, VIII da Constituição Federal. (0838418-10.2013.8.12.0001) Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges563

Ação de Concessão de Aposentadoria Rural

Aposentadoria por idade. Atuação do juízo estadual em delegação federal. INSS. Autarquia federal. Competência recursal do Tribunal Regional Federal. Artigo 109, § 4º da Constituição Federal. (0800302-41.2018.8.12.0006) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.....256

Ação de Execução Fiscal Municipal

Certidão de dívida ativa. Não observância dos requisitos do artigo 202 do Código Tributário Nacional. Nulidade evidenciada. Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça. Princípio da economia processual, da primazia do mérito e do contraditório. (0000832-91.2009.8.12.0039) Des. Amaury da Silva Kuklinski.....082

Ação Declaratória de Nulidade

Plano de saúde. Modalidade de autogestão. Repetição de indébito. Aumento do valor da mensalidade. Idoso. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça. (0839992-34.2014.8.12.0001) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.....419

Ação de Indenização

Corpo acondicionado no IML. Aguardando trâmite para velório e sepultamento. Falta de manutenção da câmara fria. Estado de putrefação. Responsabilidade extracontratual. Súmulas 54 e 326 do Superior Tribunal de Justiça. (0800268-48.2014.8.12.0025) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho214

Danos estruturais em imóvel. Edificação em lote vizinho. Três laudos periciais. Dever da construtora de indenizar. Artigo 1.311 do Código Civil. (0802085-07.2014.8.12.0007) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva 282

Reconhecimento de firma. Assinatura falsa. Erro grosseiro. Responsabilidade objetiva do tabelião. Não cumprimento das normas da corregedoria. Dano moral configurado. (0053707-84.2011.8.12.0001) Des. Alexandre Bastos029

Ação de Interdição

Curatela. Pessoa com deficiência. Prestação de contas. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Artigo 1.783, do Código Civil. (0832498-21.2014.8.12.0001) Des. Paulo Alberto de Oliveira.....452

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Lei complementar. Medida Cautelar. Liberação de comercialização e consumo de bebidas alcoólicas. Estádios de Futebol. Competência concorrente. Direito do consumidor e desporto. Ausência de interesse local. Legislação suplementar. (2000514-95.2018.8.12.0900) Des. Sérgio Fernandes Martins.....472

Ação de Liquidação de Sentença Coletiva

Cumprimento individual de sentença coletiva. Interesses individuais homogêneos. Necessidade de liquidação do título. Prescrição quinquenal afastada. (0805710-28.2018.8.12.0001) Des. João Maria Lós224

Ação de Rescisão de Contrato

Contrato de locação. Exoneração da fiadora. Ausência de fiança. Despejo. Anuência tácita do locador. Comportamento contraditório. (1408757-61.2018.8.12.0000) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa 412

Ação de Repetição de Indébito

Embargos à execução fiscal. Conexão. Impossibilidade de apensamento. Juízos de competência diversa. Suspensão. Decisões conflitantes. (0818238-94.2018.8.12.0001) Des. Sideni Soncini Pimentel.....554

Ação de Retificação

Registro civil tardio. Supressão de casamento. Retificação do registro de óbito. Princípio da verdade real. Provas suficientes. (0840180-61.2013.8.12.0001) Des. Paulo Alberto de Oliveira.....444

Ação de Obrigação de Fazer

Plano de saúde. Prestação de serviço. *Home care*. Negativa de cobertura por ausência de previsão contratual. Cláusula contratual abusiva. Aplicação da súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça. Natureza de autogestão. Não incidência do Código de Defesa do Consumidor. (0013493-09.2015.8.12.0002) Des. Marcelo Câmara Rasslan321

Rede de *internet*. Disponibilização de dados pessoais. Lei do marco civil da *internet*. (0833103-64.2014.8.12.0001) Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges570

Saúde suplementar. Plano de saúde. *Home care*. Conversão de internação hospitalar em internação domiciliar. (1408721-19.2018.8.12.0000) Des. Paulo Alberto de Oliveira456

Veiculação de matéria jornalística. Site de jornal local. Direito à proteção, à honra e à imagem. Direito de liberdade de imprensa e divulgação de pensamento. Áudios de interceptação telefônica. Investigação policial. Falta de nexo causal. (0834578-21.2015.8.12.0001) Des. Nélcio Stábile.....402

Ação de Usucapião

Usucapião especial urbana. Artigo 183 da Constituição Federal. Área inferior aos limites da lei de parcelamento do solo urbano. Irrelevância. Direito Constitucional não pode ser obstado por lei infraconstitucional. (0822268-51.2013.8.12.0001) Des. Marcos José de Brito Rodrigues372

Ação Monitória

Compensação de dívida. Impossibilidade de reconhecer como fiadores os garantidores solidários. Dívida assumida. Valores diversos aos reconhecidos na sentença. Ônus de provar do apelante. Cheques devolvidos sem provisão de fundos. (0016685-57.2009.8.12.0002) Des. João Maria Lós.....235

Ação Revisional

Contrato bancário. Pessoa jurídica que não pode ser enquadrada como destinatário final dos produtos. Situação de vulnerabilidade. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. (0803509-34.2016.8.12.0001) Des. Marcos José de Brito Rodrigues363

Ação Rescisória

Contrato de arrendamento realizado em nome do outorgante. Ato que exorbitou os poderes de administração. Necessidade de procuração com poderes especiais e expressos. Teoria da aparência não aplicada. Artigo 1.295, § 1º do Código Civil de 1916. (1402772-14.2018.8.12.0000) Des. Eduardo Machado Rocha 145

Ação de Usucapião Extraordinária

Alienação. Bens dominicais. Imóvel financiado pela Cohab. Quitação. Desafetação. Artigos 101 e 1.238, parágrafo único, do Código Civil. Requisitos preenchidos. (0800904-86.2016.8.12.0043) Des. Marco André Nogueira Hanson353

Ação por Improbidade Administrativa

Intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil como *amicus curiae*. Descabida. Contratação de advogado sem licitação. Singularidade do serviço e inviabilidade da competição. Inexigibilidade de licitação. Interesse público. (0803319-10.2012.8.12.0002) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho198

Agravo de Instrumento

Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Usurpação de competência do Tribunal de Contas do Estado. Suposta terceirização ilícita. Prestação de serviços de informática. Atividade meio. Ausência de indícios. Artigo 17, § 8, da Lei n. 8.429/92. (1404754-63.2018.8.12.0000) Des. Sérgio Fernandes Martins..... 506

Execução de título extrajudicial. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Ato fraudulento. Rejeição da exceção de pré-executividade. (1411498-74.2018.8.12.0000) Des. Vilson Bertelli587

Meação. Herdeira casada com comunhão universal. Concorrência. Apenas um ascendente. Direito real de habitação. Inviabilidade. Artigo 1.829, do Código Civil. (1408023-13.2018.8.12.0000) Des. Sideni Soncini Pimentel.....528

Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda. Equiparação à filho. Rol de dependência. Exclusão. Guarda e dependência econômica. Artigo 33, parágrafo 3º da Lei 8.069/90. Princípio da proteção integral e preferência da criança e adolescente. (1410270-64.2018.8.12.0000) Des. Vladimir Abreu da Silva 598

Ação de Investigação de Paternidade

Ação de alimentos. Exame de DNA realizado em uma das irmãs gêmeas. Direito de reconhecimento à paternidade e origem biológica. Direito de personalidade. Verdade real. (1401706-96.2018.8.12.0000) Des. Alexandre Bastos045

Apelação

Ação civil pública. Afronta ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Nepotismo. Servidor nomeado em cargo em comissão. Ausência de dolo. Nepotismo não caracterizado. (0800388-89.2017.8.12.0024) Des. Marcos José de Brito Rodrigues.....377

Ação de conhecimento. Inscrição do nome do consumidor. Cadastro restritivo. Sem prévia notificação. Prática de ato ilícito. Ofensa ao artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Dano moral *in re ipsa* Súmula 359 do Superior Tribunal de Justiça. Princípio da Razoabilidade e proporcionalidade. (0801075-56.2018.8.12.0016) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.....293

Ação de indenização. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Produtor rural. Destinatário final. Inversão do ônus da prova. Valoração da prova. Perícia. Nexo causal. (0801957-98.2013.8.12.0046) Des. João Maria Lós248

Anulatória de débito fiscal. IPTU. Fato gerador. Cobrança de alíquota em 3,5%. Infraestrutura custeada pelos moradores. Aplicação da alíquota mínima de 0,5%. (0801863-52.2017.8.12.0001) Des. Alexandre Bastos022

Direito tributário. ICMS. Substituição tributária progressiva. Repercussão geral. Dever de restituição declarado. Aproveitamento em escrituração fiscal. Artigo 170-A do Código Tributário Nacional não aplicável. (0838979-29.2016.8.12.0001) Des. Marcelo Câmara Rasslan.....330

Reconhecimento de união estável. *Post mortem*. Pensão. Requisitos do artigo 1.723 do Código Civil. Não preenchidos. (0801584-49.2016.8.12.0018)Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.....303

Restabelecimento do plano de saúde. Rescisão unilateral do contrato. Inadimplência. Interpretação mais favorável ao consumidor. Continuidade da prestação do serviço. Código de Defesa do Consumidor. Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça. (0826936-60.2016.8.12.0001) Sr. Des. Vilson Bertelli.....579

Cumprimento de Sentença

Impugnação. Termo de ajustamento de conduta. Artigos 61-A e 67 do Código Florestal. Recomposição da área. Imóvel rural sem cursos d'água naturais e inferior a quatro módulos fiscais. Constitucionalidade reconhecida. (1413080-46.2017.8.12.0000) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa432

Embargos à Execução

Execução fiscal. Dano ambiental. Cobrança de multa por infração ambiental. Responsabilidade administrativa. Teoria da culpabilidade. Princípio da intranscendência das penas. (0001643-06.2013.8.12.0041) Des. Dorival Renato Pavan140

Inventário. Imóveis não arrolados na abertura. Sonegação de bens. Ausência de recolhimento dos impostos: Transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos. Aplicação de multa. Certidão de dívida ativa legal. (0821338-91.2017.8.12.0001) Des. Vilson Bertelli584

Embargos de Terceiro

Execução por quantia certa. Instauração do concurso de credores. Direito de preferência. Crédito preferencial que se sobrepõe à ordem temporal de penhoras. (1408007-59.2018.8.12.0000) Des. Dorival Renato Pavan 135

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade

Alegação de inconstitucionalidade dos artigos 8º e 9º da Lei Estadual 240/80. Hierarquização entre famílias. União estável. Tratamento desigual a cônjuge e companheiros. Pensão por morte. Afronta ao artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Aplicação da regra do *tempus regit actum*. Inconstitucionalidade material. (0819620-35.2012.8.12.0001/50000) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques268

Lei de falências e de recuperação de empresas. Princípio da preservação da empresa. Artigo 49, §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/2005. Créditos bancários. Contratos de alienação e cessão fiduciária. Pedido de recuperação judicial em sede de controle difuso. Declaração de constitucionalidade. (1411707-14.2016.8.12.0000/50001) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho174

Jurisdição Voluntária

Ação de retificação de registro civil. Equívoco no registro do sexo biológico. Juntada de certidão de nascimento. Presunção de veracidade. (0800674-05.2018.8.12.0001) Des. Vladimir Abreu da Silva 590

Mandado de Segurança

Apreensão de mercadorias. Ilegalidade. Litigância de má-fé. Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal. (0800716-88.2017.8.12.0001) Des. Vladimir Abreu da Silva594

Concurso Público. Sistema de cotas. Vagas destinadas aos candidatos da raça negra. Candidato da cor parda. Exclusão na entrevista de verificação da cota racial. (1405358-24.2018.8.12.0000) Des. Ruy Celso Barbosa Florence460

Membro do Ministério Público. Cômputo de tempo de serviço para fins de aposentadoria. Tempo prestado como estagiário da Ordem dos Advogados do Brasil e exercício da advocacia antes da EC 20/98. Independente de recolhimento das contribuições previdenciárias. Ausência de previsão legal autorizada na Lei Orgânica ou qualquer legislação da época. (1405293-29.2018.8.12.0000) Des. Amaury da Silva Kuklinski 049

Pedido de remoção. Servidora pública efetiva para acompanhar cônjuge. Nomeação de cargo comissionado em outra cidade. Inexistência de interesse da administração pública. Ato discricionário. Supremacia do interesse público sobre o privado. Requisitos não preenchidos. (1408163-47.2018.8.12.0000) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte107

Reclamação Constitucional

Acórdão proferido em recurso inominado. Turma recursal mista dos juizados cíveis e criminais. Erro da administração que paga percentual a maior de adicional de tempo de serviço. Servidora de boa-fé. Interpretação errônea da lei. (1403620-98.2018.8.12.0000) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte..... 087

Retificação de Registro Civil

Alteração da data de nascimento. Registro público. Presunção de veracidade. Certidão de batismo. Prova insuficiente. (0830077-58.2014.8.12.0001) Des. Eduardo Machado Rocha163

Exclusão do patronímico materno. Impossibilidade. Princípio da imutabilidade. Flexibilização para inclusão. (0800779-19.2018.8.12.0021) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva309

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Ameaça

Majoração da pena-base. Agravante do artigo 61, II, “f”, do Código Penal. Fração imaginária superior a 1/6. Violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (0000176-10.2018.8.12.0043) Des. Paschoal Carmello Leandro 779

Apelação Criminal

Contravenção penal. Pretensão de revogação do benefício da substituição da pena corpórea por restritiva de direitos. Aplicação da suspensão condicional da pena. Violência doméstica. Súmula 588 do Superior Tribunal de Justiça. (0026521-47.2015.8.12.0001) Juiz Waldir Marques 813

Incêndio. Crime de dano. Atenuante da confissão. Violência contra mulher. Agravante do artigo 61, II, “f” do Código Penal. Penas compensadas. (0000170-85.2017.8.12.0027) Juiz Waldir Marques 804

Irresignação ministerial. Crime contra o meio ambiente. Artigo 48 da Lei 9605/98. Licença ambiental. Crime permanente. Destruição de florestas. Prestação pecuniária. (0802364-26.2015.8.12.0017) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva 739

Lesão corporal seguida de morte. Legítima defesa não comprovada. Pena base reduzida ao mínimo legal. Segurança jurídica. (0011790-80.2014.8.12.0001) Juiz Waldir Marques 817

Materialidade e autoria delitiva. Qualificadora do rompimento. Artigo 155, § 4º, I, do Código Penal. Consequências do crime inerentes ao tipo penal. (0000279-39.2016.8.12.0026) Des. Geraldo de Almeida Santiago 648

Pena pecuniária. Inexistência de inconstitucionalidade no artigo 45, § 1º, do Código Penal. Redução da prestação pecuniária. (0002145-09.2016.8.12.0018) Des. Paschoal Carmello Leandro 771

Tribunal do júri. Homicídios qualificados. Princípio constitucional na motivação da individualização da pena. Concurso formal reconhecido. Redução da pena- base. Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça. (0001802-08.2009.8.12.0002) Des. José Ale Ahmad Netto 706

Agravo em Execução

Decreto Presidencial nº 9.246/2017. Comutação de pena. Concursos de crimes comum e hediondo. (0006158-31.2018.8.12.0002) Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz 604

Falta grave. Processo administrativo disciplinar. Contraditório e ampla defesa. Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça. Usurpação de competência do diretor do presídio. Nulidade da decisão judicial. (0021020-10.2018.8.12.0001) Des. Geraldo de Almeida Santiago 652

Remissão de pena. Estágio acadêmico supervisionado. Interpretação extensiva *in bonam partem*. Finalidade da execução atendida. (0013871-60.2018.8.12.0001) Des. Emerson Cafure 621

Remição por estudo. Artigo 126 da Lei nº 7.210/1984. Recomendação 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça. Aprovação parcial. Benefício inaplicável. (0028030-08.2018.8.12.0001) Des. Jairo Roberto de Quadros 676

Carta Testemunhável

Agravo de execução penal. Intempestivo. Pedido de reconsideração. Inexistência de modificação substancial. Artigo 586 do Código de Processo Penal e Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal (1601120-75.2018.8.12.0000) Des. Jairo Roberto de Quadros662

Crime de Tortura

Homofobia. Pedido de absolvição por insuficiência probatória. Desclassificação da conduta para o delito de maus tratos. Impossibilidade. Elementos típicos do tipo penal. (0007497-41.2013.8.12.0021) Des. José Ale Ahmad Netto721

Conflito de Jurisdição

Violência doméstica. Ofensa que decorreu da relação intrafamiliar e da condição de gênero mulher. Situação de vulnerabilidade. Vara especializada. (0000037-69.2018.8.12.0104) Des. Paschoal Carmello Leandro775

Embargos Infringentes

Ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável. Artigo 217-A do Código Penal. Inexistência de ofensa à dignidade sexual da suposta vítima. Insuficiência de provas. Discriminantes de erro de proibição. (0004297-60.2016.8.12.0008/50000) Des. Ruy Celso Barbosa Florence783

Evasão. Falta grave. Perda dos dias remidos. Regressão prisional. Recontagem e alteração da data base. (0011244-83.2018.8.12.0001/50000) Des. Jairo Roberto de Quadros667

Estatuto da Criança e Adolescente

Fotografar e filmar cena pornográfica envolvendo adolescente. Acesso a dados armazenados em celular apreendido. Ausência de autorização judicial. Quebra do sigilo telefônico. Inocorrência. Artigo 6º do Código de Processo Penal. Provas da autoria. Artigo 240 do Estatuto da Criança e Adolescente. (0001089-71.2016.8.12.0007) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.....764

Extorsão

Falsa identidade. Crimes cometidos de forma autônoma. Pedido de fixação da pena-base aquém do mínimo legal. Violação da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Delitos punidos com penas de reclusão e detenção. Impossibilidade de fusão. (0022621-90.2014.8.12.0001) Des. Jonas Hass Silva Júnior682

Falsificação de Documento Público

Continuidade delitiva. Preclusão consumativa. Princípio da unirrecorribilidade recursal. Artigo 297 do Código Penal. Crime formal. (0001352-33.2009.8.12.0045) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.....757

Furto Qualificado

Conduta desclassificada para forma simples. Moduladora desfavorável. Duas condenações definitivas. Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Multirreincidência configurada. Artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Regime prisional mais gravoso. (0000735-80.2015.8.12.0007/50000) Des. Emerson Cafure626

Habeas Corpus

Procedimentos investigativos. Acesso aos elementos essenciais. Exercício do direito de defesa. Súmula 14 do Supremo Tribunal Federal. (1412573-51.2018.8.12.0000) Des. José Ale Ahmad Netto730

Tentativa de homicídio. Revogação da prisão preventiva. Gravidade concreta da conduta. Ameaça às testemunhas. Ordem pública afetada. Inviabilidade das medidas cautelares substitutivas. (1411260-55.2018.8.12.0000) Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.....609

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Tráfico privilegiado. Crime não hediondo. Cancelamento da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça. (1600952-10.2017.8.12.0000) Des. Ruy Celso Barbosa Florence792

Latrocínio

Crime de furto. Praticado na residência da vítima. Repouso noturno. Concurso material. (0002752-64.2016.8.12.0004) Des. Jonas Hass Silva Júnior700

Fraude processual. Conjunto probatório seguro. Circunstâncias do crime. Princípio da proporcionalidade. Reparação de danos à vítima. Artigo 387, IV, do Código de Processo Penal. (0009624-98.2017.8.12.0800) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva746

Mandado de Segurança

Lavagem de capitais e falsificação de papéis públicos. Pedido de sequestro de bens em cautelar incidental. Impugnação. Cabível recurso de apelação. Incidência da Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal. (1410467-53.2017.8.12.0000) Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.....614

Recurso em Sentido Estrito

Crime de lesão corporal grave. *Animus necandi*. Laudo de exame de corpo de delito. Porte ilegal de arma de uso restrito. Crimes conexos. Tribunal do júri. (0001705-05.2014.8.12.0011) Des. Jonas Hass Silva Júnior 694

Desacato. Ameaça. Concurso material. Somatório das penas. Irrecorribilidade. Artigo 581 do Código de Processo Penal. (0011821-59.2017.8.12.0110) Des. Geraldo de Almeida Santiago658

Revisão Criminal

Latrocínio tentado. Redução da pena. Matéria de ordem pública. Identidade de situações. Aplicação do art. 580 do Código Penal. Enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça. (1600682-49.2018.8.12.0000) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.....734

Roubo Majorado

Lavagem de dinheiro. Lotérica. Emprego de arma de fogo. Concurso de agentes. Restrição de liberdade. Incidência da majorante do artigo 157, § 2º, I, do Código Penal. (0040443-29.2013.8.12.0001) Des. Emerson Cafure635